La reconnaissance des couples de lesbiennes : un droit sans équivoque

Irène Demczuk
Michèle Caron
Ruth Rose
Lyne Bouchard

La recherche et la publication de la présente étude ont été financées par le Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada. Ce document exprime les opinions des auteures, qui ne correspondent pas nécessairement à la politique officielle de Condition féminine Canada ou du gouvernement du Canada.

Janvier 2002

Condition féminine Canada se fait un devoir de veiller à ce que toutes les recherches menées grâce au Fonds de recherche en matière de politiques adhèrent à des principes méthodologiques, déontologiques et professionnels de haut niveau. Chaque rapport de recherche est examiné par des spécialistes du domaine visé à qui on demande, sous le couvert de l'anonymat, de formuler des commentaires sur les aspects suivants :

- l'exactitude, l'exhaustivité et l'actualité de l'information présentée;
- la mesure dans laquelle la méthodologie et les données recueillies appuient l'analyse et les recommandations;
- l'originalité du document par rapport au corpus existant sur le sujet et son utilité pour les organisations oeuvrant pour la promotion de l'égalité, les groupes de défense des droits, les décisionnaires, les chercheuses ou chercheurs et d'autres publics cibles.

Condition féminine Canada remercie toutes les personnes qui participent à ce processus de révision par les pairs.

Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre : *La reconnaissance des couples de lesbiennes [fichier d'ordinateur] : un droit sans équivoque*

Publ. aussi en anglais sous le titre : *Recognition of Lesbian Couples.*
Comprend des références bibliographiques.
Publ. aussi en version imprimée.
Mode d'accès : Site WWW de Condition féminine Canada.

ISBN 0-662-86443-3
No. de cat. SW21-86/2001F

1. Lesbiennes – Droit – Canada.
2. Homosexualité – Droit – Canada
3. Sécurité sociale – Canada.
4. Femmes – Canada – Conditions économiques.

I Demczuk, Irène.
II Condition féminine Canada.

KE4399.R42 2001 346.7101'3 C2001-980344-3

Gestion du projet : Vesna Radulovic, Condition féminine Canada
Coordination de l'édition : Mary Trafford et Cathy Hallessey, Condition féminine Canada
Révision et mise en page : PMF Services de rédaction inc. / PMF Editorial Services Inc.
Traduction : John Price
Lecture comparative : Jacqueline Elton
Coordination de la traduction : Monique Lefebvre, Condition féminine Canada
Contrôle de la qualité de la traduction : Ruth Rose

Pour d'autres renseignements, veuillez communiquer avec la :
Direction de la recherche
Condition féminine Canada
123, rue Slater, 10e étage
Ottawa (Ontario) K1P 1H9
Téléphone : (613) 995-7835
Télécopieur : (613) 957-3359
ATME : (613) 996-1322
Courriel : research@swc-cfc.gc.ca

103-02016/

Directrice de recherche et chercheure

Irène Demczuk, sociologue – chercheure indépendante (Montréal)

Chercheures

Michèle Caron, professeure de droit à l'Université de Moncton

Ruth Rose, professeure de sciences économiques à l'Université du Québec à Montréal

Directrice administrative et responsable des consultations

Lyne Bouchard, intervenante communautaire et formatrice à la Coopérative Convergence (Ottawa)

Assistante à la recherche

Annick Gariépy, étudiante à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Révision linguistique

Denise Veilleux

Mise en page

Marie-Josée Prince

NOTICES BIOGRAPHIQUES

Lyne Bouchard travaille à la Coopérative Convergence, une entreprise d'expertes-conseil en formation, en recherche et en intervention communautaire et sociale. Elle a consacré les 15 dernières années à la francophonie ontarienne en participant, entre autres, à la fondation de la Collective lesbienne de l'Ontario, de la Table féministe francophone de concertation provinciale et de la Coopérative Convergence. En ce qui concerne la présente publication, Lyne a assumé la direction administrative de la recherche et a été coresponsable des consultations effectuées auprès des organisations de lesbiennes.

Michèle L. Caron est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Moncton. Elle est membre du Comité juridique national du Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes depuis 1995. Michèle a été mariée pendant près de 20 ans, n'a pas d'enfant et est depuis neuf ans en relation conjugale avec Noëlla Richard, une militante lesbienne de la première heure. En ce qui concerne la présente publication, Michèle était responsable de la recherche juridique. Elle a assumé la majeure partie de la rédaction des sections portant sur le droit privé de la famille, sur le droit à l'égalité et l'analyse critique des modèles de reconnaissance juridique des couples de même sexe.

Sociologue, **Irène Demczuk** est aussi consultante et formatrice au ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec. Elle a dirigé la publication du recueil *Des droits à reconnaître : les lesbiennes face à la discrimination* publié aux éditions du remue-ménage (mention honorable prix Laura Jamieson, ICREF, 1998). Elle a codirigé, avec Frank W. Remiggi l'ouvrage *Sortir de l'ombre : histoires des communautés lesbienne et gaie de Montréal* (VLB éditeur, 1998). Elle est cofondatrice et directrice de la Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe, où elle siège comme représentante de la Fédération des femmes du Québec. Directrice de la recherche pour la présente publication, Irène a aussi oeuvré à la rédaction des sections sur les consultations, les modèles de reconnaissance juridique des couples de même sexe ailleurs en Occident et est la critique féministe de l'inclusion de ces couples dans le droit de la famille.

Ruth Rose est professeure de sciences économiques à l'Université du Québec à Montréal. Elle a été membre fondatrice de Relais-femmes et a consacré la majeure partie de sa vie professionnelle à la recherche-action avec et pour les groupes de femmes. En 1999, elle a reçu le prix Idola St-Jean décerné par la Fédération des femmes du Québec pour « son apport éminent à la cause des femmes ». En ce qui concerne la présente publication, Ruth a été responsable de la rédaction du chapitre et des sections sur les effets économiques de l'inclusion des couples de lesbiennes et de leurs familles dans les programmes canadiens de soutien du revenu et les régimes fiscaux, ainsi que de la critique de ceux-ci.

SOMMAIRE

La recherche propose une analyse critique de la stratégie étapiste et de l'approche de l'égalité formelle telles qu'elles sont appliquées à la reconnaissance juridique des couples de même sexe au Canada. Cette analyse se fonde sur un examen de l'évolution du droit canadien, un exposé des divers modèles de reconnaissance juridique des couples de même sexe adoptés ailleurs dans le monde, de même que sur les attentes et les besoins exprimés par des groupes de lesbiennes du Québec et de l'Ontario francophone. L'étude vise également à cerner les conséquences financières, positives ou négatives, de l'inclusion des couples de lesbiennes dans les programmes canadiens de soutien du revenu et la fiscalité. Réalisée dans une perspective féministe et multidisciplinaire, la recherche puise sa méthodologie à la source de trois disciplines : le droit, l'économie et la sociologie. L'étude suggère en conclusion des principes et des pistes de réformes qui vont au-delà du simple élargissement aux couples de même sexe des droits et des obligations associés au mariage et à l'union de fait. Elle invite à repenser globalement les régimes conjugaux – tant en droit privé qu'en droit public – afin de les adapter à la diversité des modes de vie domestiques et à la fluidité des réalités conjugales et familiales qui caractérisent la société canadienne d'aujourd'hui.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES SIGLES ET DES ACRONYMES iv

LEXIQUE v

PRÉFACE vii

REMERCIEMENTS viii

RÉSUMÉ ix

INTRODUCTION 1

1 : L'ÉVOLUTION DU DROIT À L'ÉGALITÉ 6
- 1.1 La décriminalisation des pratiques sexuelles associées à l'homosexualité 6
- 1.2 L'inscription de l'égalité dans les droits fondamentaux 7
  - 1.2.1 Les lois sur les droits de la personne et la lenteur à inclure le motif de l'orientation sexuelle 8
  - 1.2.2 L'avènement de la *Charte canadienne* et ses principes d'interprétation 9
- 1.3 Les lesbiennes et les gais invoquent la *Charte canadienne* 13
- 1.4 Questions de stratégies 19
  - 1.4.1 Le discours des droits 19
  - 1.4.2 La stratégie judiciaire ou la réforme législative? 20
  - 1.4.3 L'étapisme 21
  - 1.4.4 La stratégie de réforme centrée sur la spécificité 22
  - 1.4.5 Le malaise face à l'adhésion au modèle de la famille patriarcale 23
- 1.5 Conclusion 27

Notes du chapitre 1 28

2 : LES COUPLES LESBIENS ET LE DROIT FAMILIAL PRIVÉ 36
- 2.1 Le mariage 36
  - 2.1.1 L'accès au mariage 36
  - 2.1.2 Les effets juridiques du mariage 38
- 2.2 L'union de fait 39
  - 2.2.1 La propriété des biens 40
  - 2.2.2 La résidence familiale et sa possession exclusive 42
  - 2.2.3 Les contrats domestiques 43
  - 2.2.4 Le soutien ou le droit aux aliments 44
  - 2.2.5 Les obligations alimentaires envers la conjointe 44
  - 2.2.6 Les obligations alimentaires envers les enfants 46
  - 2.2.7 La garde des enfants et le droit d'accès aux enfants 47
  - 2.2.8 L'adoption 48
  - 2.2.9 La succession 50

2.3 Conclusion 52
Notes du chapitre 2 54

3 : INCLUSION DES COUPLES DE MÊME SEXE ET DE LEURS FAMILLES DANS LES PROGRAMMES CANADIENS DE SOUTIEN DU REVENU 63
3.1 Mise en contexte 63
3.2 La place des conjoints et conjointes dans les programmes canadiens de soutien du revenu et la fiscalité 63
3.2.1 Les programmes universels 64
3.2.2 Les programmes d'assistance 65
3.2.3 La fiscalité 73
3.2.4 Régimes d'assurance publics 76
3.2.5 Régimes d'assurance privés et régimes enregistrés d'épargne-retraite 81
3.3 Pourquoi reconnaître les conjoints de sexe opposé ou de même sexe? 84
3.4 Conclusion 88
Notes du chapitre 3 89

4 : ATTENTES, BESOINS ET PARADOXES EXPRIMÉS PAR LES LESBIENNES. 95
4.1 Les consultations menées au Québec et en Ontario francophone 95
4.1.1 Contexte et méthode 95
4.1.2 Déroulement des entrevues 97
4.1.3 Profil des participantes 98
4.2 Importance accordée à la reconnaissance juridique des couples de même sexe .. 99
4.2.1 Attentes et espoirs 99
4.2.2 Craintes et déceptions 103
4.3 La déclaration imposée par l'État : un frein à l'exercice de ses droits 105
4.4 Les répercussions économiques du statut de conjointe 109
4.5 Réflexions sur les critères de définition juridique de l'union de fait 110
4.5.1 La cohabitation 110
4.5.2 Le secours mutuel 110
4.5.3 La notoriété de la relation 111
4.6 Un mot d'ordre : l'accès à tous les statuts conjugaux sans distinction 112
4.7 Conclusion 114
Note du chapitre 4 114

5 : MODÈLES ET APPROCHES DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES COUPLES DE MÊME SEXE 115
5.1 Modèles de reconnaissance juridique à l'étranger 115
5.1.1 Les modèles de partenariat enregistré pour les couples de même sexe seulement 115
5.1.2 Les modèles de partenariat enregistré pour les couples de même sexe et de sexe opposé 123
5.1.3 Les modèles de partenariat enregistré pour les cohabitants qui se soutiennent mutuellement 131
5.2 Typologie des approches 135

5.2.1 L'approche de l'égalité formelle 135
5.2.2 L'approche de l'égalité formelle partielle 139
5.2.3 L'approche de l'égalité séparée 140
5.2.4 L'approche socialisante 143
5.2.5 L'approche de l'égalité substantive 146
5.3 Conclusion 147
Notes du chapitre 5 148

6 : PISTES DE RÉFORME ET RECOMMANDATIONS 155
6.1 Éliminer la discrimination fondée sur le sexe des partenaires 157
6.1.1 Inclure les couples de même sexe dans la définition juridique de l'union de fait 157
6.1.2 Accorder aux gais et aux lesbiennes le droit au mariage 158
6.1.3 Reconnaître des droits parentaux aux coparents de même sexe 159
6.2 Repenser l'encadrement juridique de la conjugalité hors mariage 161
6.2.1 Repenser les droits et responsabilités afférents au statut de conjoint de fait 162
6.2.2 Assouplir le principe de la reconnaissance *de facto* des conjoints 164
6.3 Contrer la stigmatisation par des actions positives 166
6.4 Une Commission d'enquête pour une réforme en profondeur 170
6.4.1 L'élargissement de l'accès aux programmes sur une base individuelle et universelle 172
6.4.2 La protection des enfants et des personnes à charge, et le soutien aux personnes qui en prennent soin 174
6.4.3 Le réexamen des objectifs de la reconnaissance des conjoints dans les programmes et l'adoption de mesures permettant d'atteindre ces objectifs 175
6.5 Conclusion 176
Notes du chapitre 6 176

SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS 179

ANNEXE 1 : PRINCIPALES DÉCISIONS JUDICIAIRES PORTANT SUR LES DROITS DES COUPLES DE MÊME SEXE AU CANADA DE 1986 À 1999 182

ANNEXE 2 : GRILLE D'ENTREVUE, LISTE DES GROUPES ET DES PERSONNES-RESSOURCES CONSULTÉS ET PORTRAIT DES PARTICIPANTES AUX CONSULTATIONS 196

BIBLIOGRAPHIE 202

LISTE DES SIGLES ET DES ACRONYMES

AAC	Allocation au conjoint
APPORT	Aide aux parents pour leurs revenus du travail
CDPQ	Commission des droits de la personne du Québec
CNBES	Conseil national du bien-être social
CSFQ	Conseil du statut de la femme du Québec
ÉGALE	Equality for Gays and Lesbians Everywhere
FAEJ	Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes
ICREF	Institut canadien de recherches sur les femmes
PSV	Pension de la Sécurité de la vieillesse
REÉR	Régime enregistré d'épargne-retraite
RPA	Régime de pension agréé
RPC	Régime de pensions du Canada
RRQ	Régime de rentes du Québec
SRG	Supplément de revenu garanti
TPS	Taxe sur les produits et services
TVQ	Taxe de vente du Québec

LEXIQUE

Gai : désigne un homme qui éprouve de l'affection et de l'attirance, tant émotionnelle que physique, pour les hommes.
(Source : Gouvernement du Canada, *À la recherche de son identité sexuelle : faire les premiers pas*. Ottawa, Santé Canada, mai 1998, p. 5.)

Hétérosexisme : l'hétérosexisme est une idéologie qui vise la promotion de la supériorité de l'hétérosexualité comme modèle relationnel par les institutions sociales. Les discours et les pratiques hétérosexistes créent l'illusion que tout le monde est hétérosexuel en occultant la diversité réelle des orientations sexuelles. L'hétérosexisme assume qu'il est plus normal, moral ou acceptable d'être hétérosexuel que d'être gai, lesbienne ou bisexuel, bisexuelle. Comme le racisme ou le sexisme et autres formes d'oppression, l'hétérosexisme accorde des privilèges au groupe dominant (les hétérosexuels) et tend à priver les minorités sexuelles des droits humains les plus fondamentaux.
(Source : définition inspirée de Irène Demczuk. « Introduction », *Des droits à reconnaître : les lesbiennes face à la discrimination*, Montréal, les Éditions du remue-ménage, 1998.)

Hétérosexuel, hétérosexuelle : désigne une personne qui éprouve de l'affection et de l'attirance, tant émotionnelle que physique, pour les personnes de sexe différent.
(Source : Gouvernement du Canada. *À la recherche de son identité sexuelle : faire les premiers pas*, Ottawa, Santé Canada, mai 1998, p. 5.)

Homophobie : l'homophobie renvoie au sentiment de peur exprimé envers les personnes homosexuelles et, plus largement, envers les personnes dont l'apparence ou le comportement déroge aux canons de la féminité ou de la virilité. Le mépris, le dégoût, les préjugés et la haine des homosexuels naissent de cette peur. L'homophobie est en quelque sorte la réaction agressive de rejet qu'entraîne cette peur des rapports sensibles entre hommes ou entre femmes, qu'ils soient sexuels ou non.
(Source : définition inspirée des deux textes suivants : Irène Demczuk. « Introduction », *Des droits à reconnaître : les lesbiennes face à la discrimination*, Montréal, les Éditions du remue-ménage, 1998; et Daniel Walzer-Lang. « L'homophobie : la face cachée du masculin » *in* D. Walzer-lang, P. Dutey et M. Dorais (dir.), *La peur de l'autre en soi : du sexisme à l'homophobie*, Montréal, VLB éditeur, 1994.)

Homosexuel, homosexuelle : désigne une personne qui éprouve de l'affection et de l'attirance, tant émotionnelle que physique, pour les personnes du même sexe.
(Source : Gouvernement du Canada. *À la recherche de son identité sexuelle : faire les premiers pas*, Ottawa, Santé Canada, mai 1998, p. 5.)

Lesbienne : désigne une femme qui éprouve de l'affection et de l'attirance, tant émotionnelle que physique, pour les femmes.
(Source : Gouvernement du Canada. *À la recherche de son identité sexuelle : faire les premiers pas*, Ottawa, Santé Canada, mai 1998, p. 5.)

Orientation sexuelle : l'orientation sexuelle est définie en fonction du sexe des personnes (hommes, femmes ou les deux) pour lesquelles nous éprouvons de l'attirance et de l'affection tant physique qu'émotionnelle. Elle constitue une partie importante de notre identité personnelle, c'est-à-dire de la perception que nous avons de nous-mêmes et celle que les autres ont de nous.
(Source : Gouvernement du Canada. *À la recherche de son identité sexuelle : faire les premiers pas*, Ottawa, Santé Canada, mai 1998, p. 4.)

PRÉFACE

Une bonne politique gouvernementale est fonction d'une bonne recherche en matière de politiques. C'est pour cette raison que Condition féminine Canada a établi le Fonds de recherche en matière de politiques en 1996. Il appuie la recherche indépendante en matière de politiques sur des enjeux liés au programme gouvernemental qui doivent faire l'objet d'une analyse comparative entre les sexes. L'objectif visé est de favoriser le débat sur les enjeux liés à l'égalité des sexes et de permettre aux personnes, groupes, stratégistes et analystes de politiques de participer plus efficacement à l'élaboration des politiques.

La recherche peut porter sur des enjeux nouveaux et à long terme, ou sur des questions urgentes et à court terme dont l'incidence sur chacun des sexes requiert une analyse. Le financement est accordé au moyen d'un processus d'appel de propositions ouvert et en régime de concurrence. Un comité externe, non gouvernemental, joue un rôle de premier plan dans la détermination des priorités de la recherche, le choix des propositions financées et l'évaluation du rapport final.

Le présent rapport de recherche a été proposé et préparé en réponse à un appel de propositions lancé en août 1998, qui avait pour thème *L'intersection du sexe et de l'orientation sexuelle : conséquences de la réforme des politiques sur les partenaires d'une union lesbienne*. Le but de cet appel de propositions était d'examiner les répercussions sur les femmes d'une union lesbienne d'éventuelles réformes aux politiques et programmes gouvernementaux pour les rendre conformes aux récentes décisions judiciaires qui exigent l'inclusion des couples de même sexe.

Condition féminine Canada a financé deux projets de recherche sur la question. Le second projet financé dans le cadre de cet appel de propositions, qui s'intitule *L'effet de la reconnaissance des unions sur les lesbiennes au Canada : encore distinctes et presque « équivalentes »* est de Kathleen A. Lahey.

Nous remercions les chercheuses et les chercheurs de leur apport au débat sur les politiques gouvernementales.

REMERCIEMENTS

Nous aimerions remercier Condition féminine Canada d'avoir choisi ce thème de recherche et d'avoir financé la présente étude. Nous savons qu'encore aujourd'hui, pareil choix soulève des controverses publiques. Un merci tout particulier à Annick Gariépy, étudiante à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour son minutieux travail de recension et son enthousiasme débordant. Nous tenons aussi à exprimer notre gratitude à Denise Veilleux, traductrice, pour la révision linguistique de ce document et sa patience exemplaire ainsi qu'à Marie-Josée Prince, pour l'énergie consacrée à la saisie des corrections et à la mise en page. Finalement, nous voulons remercier chaleureusement les participantes aux consultations menées au Québec et en Ontario francophone. Merci d'avoir partagé avec nous vos réflexions inspirantes, vos doutes de même que vos espoirs.

RÉSUMÉ

Au cours des 40 dernières années, l'évolution du droit à l'égalité pour les lesbiennes a connu un essor remarquable au Canada. Les quatre dernières décennies ont en effet été marquées d'abord par une décriminalisation des pratiques sexuelles associées à l'homosexualité, puis par l'inscription de l'orientation sexuelle comme motif illicite de discrimination dans les lois sur les droits de la personne, et plus tard, par l'adoption de mesures législatives visant à reconnaître un statut juridique aux couples de même sexe dans certaines provinces et à l'échelon fédéral.

Sans minimiser l'importance de ces avancées, force est de constater qu'elles ont, pour la plupart, résulté de contestations judiciaires plutôt que de la volonté politique affirmée du gouvernement fédéral et des provinces d'éliminer systématiquement la discrimination. Encore aujourd'hui, les couples de lesbiennes et leurs familles sont confrontés à des situations de stigmatisation et à des différences de traitement, tant en droit privé qu'en droit public, dans toutes les provinces canadiennes. À cet égard, les lesbiennes demeurent l'une des dernières catégories de femmes canadiennes à ne pas bénéficier d'une égalité juridique.

Partant de ce constat, le présent rapport de recherche poursuit un double objectif. En premier lieu, il propose une analyse critique de la stratégie étapiste et de l'approche de l'égalité formelle telles qu'elles sont appliquées à la reconnaissance juridique des couples de même sexe au Canada. Cette analyse se fonde sur un examen de l'évolution du droit canadien, de même que sur les attentes et les besoins exprimés par des groupes de lesbiennes du Québec et de l'Ontario francophone. Les consultations menées auprès d'organisations de défense des droits des lesbiennes dans ces deux provinces font ressortir avec acuité l'écart qui existe entre l'obtention du droit à l'égalité pour les couples de même sexe et la possibilité d'exercer concrètement ce droit sans risque de préjudices. La déclaration de sa situation conjugale n'a pas, en effet, la même résonance ni les mêmes conséquences pour les couples de même sexe que pour les couples de sexe opposé. La majorité des couples de lesbiennes cachent encore aujourd'hui leur orientation sexuelle et leur situation conjugale, notamment en milieu de travail, afin de se protéger des réactions négatives de leur entourage. Il importe donc de prendre en considération les barrières qui empêchent les lesbiennes et les gais de bénéficier pleinement des droits et libertés conférés à l'ensemble des citoyennes et citoyens de ce pays dans une perspective d'égalité substantive.

Une typologie des diverses législations qui accordent une reconnaissance juridique aux couples de même sexe ailleurs dans le monde complète cette analyse. Dix pays ont actuellement mis en oeuvre des formules d'enregistrement volontaire des couples de même sexe ou reconnaissent de façon automatique leurs unions de fait. Le rapport décrit ces différents modèles de partenariat enregistré, dont certains accordent aux couples de même sexe des droits et des obligations équivalents au mariage alors que d'autres octroient un statut juridique distinct. La recherche fournit une analyse des approches de l'égalité ayant influencé l'élaboration de ces modèles ainsi que leurs fondements. Cette analyse alimente la

réflexion quant à la voie à privilégier pour éliminer les discriminations persistantes à l'endroit des couples de même sexe et de leurs familles au Canada.

La reconnaissance du statut de conjointe a des effets non seulement juridiques, mais aussi économiques. Préoccupées par cette question, les auteures du présent rapport ont cherché, en deuxième lieu, à évaluer les conséquences financières, positives ou négatives, de l'inclusion des couples de lesbiennes dans les programmes canadiens de soutien du revenu et la fiscalité. Parce qu'elles sont des femmes et assument plus souvent les charges financières associées à la présence d'enfants, les lesbiennes doivent compter davantage que les gais sur les régimes publics de soutien du revenu. Le choix de faire reconnaître son couple sera-t-il influencé par le bilan des avantages et des inconvénients pécuniaires de la participation à ces régimes? Comment revoir ces programmes de manière à ce qu'ils répondent au besoin d'autonomie financière des lesbiennes de même qu'à celui de l'ensemble des femmes? En plus d'évaluer les principaux impacts économiques de la reconnaissance du statut de conjointe, l'étude examine d'un oeil critique l'écart entre les objectifs déclarés de ces programmes et leurs résultats concrets. Elle questionne en outre l'utilisation de la conjugalité comme critère d'accès à ces régimes et fournit des pistes de réformes afin que la décision de former une union découle de l'engagement affectif et moral entre les partenaires plutôt que de considérations économiques.

Au terme de cette étude, les auteures suggèrent 13 recommandations qui commandent une stratégie d'actions en trois temps de la part du gouvernement fédéral et des provinces. Ces recommandations s'inspirent de principes tels l'égalité des sexes et des personnes d'orientation sexuelle différente, l'équité entre les couples et entre les ménages, de même qu'une meilleure redistribution des richesses collectives dans une perspective de solidarité sociale. Afin de résoudre les problèmes de discrimination auxquels font face les couples de lesbiennes, il importe d'abord d'éliminer des lois canadiennes toute distinction fondée sur le sexe des partenaires quant à l'accès aux statuts conjugaux existants et aux dispositions relatives à la filiation. Une fois cette étape franchie, il appert nécessaire de réformer l'encadrement juridique de la conjugalité hors mariage, qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle, en respectant la liberté de choix et l'autonomie des partenaires ainsi que la protection des personnes vulnérables. Enfin, il est impératif d'entreprendre, par le biais d'une Commission d'enquête, une analyse approfondie des objectifs des programmes de soutien du revenu et des régimes fiscaux ainsi que des réformes quant à leur manière de traiter la conjugalité.

L'obtention d'une égalité réelle pour les couples de même sexe est indissociable d'une refonte globale du droit familial privé et public afin de les adapter à la diversité des modes de vie domestique et à la fluidité des statuts conjugaux et familiaux qui caractérisent la société canadienne d'aujourd'hui.

INTRODUCTION

Il y a plus de 30 ans déjà, en 1967, Alice B. Toklas, la compagne de vie de l'écrivaine américaine Gertrude Stein, mourut à Paris dans un état de grande pauvreté. Pourtant, quelques décennies plus tôt, elle et Gertrude avaient été qualifiées de « couple lesbien le plus célèbre au monde » (Russel, 1995, p. 29). Hôtesse remarquable, Alice était, si l'on peut dire, une « femme collaboratrice » : tour à tour secrétaire, cuisinière et organisatrice de l'un des plus illustres salons littéraires de l'époque, qui se tenait dans l'appartement du couple, rue de Fleurus, à Paris. Mais voilà, Gertrude n'eut pas le courage d'inscrire, de sa plume alerte, ses véritables volontés dans son testament. Malgré son amour pour Alice, avec laquelle elle partagea 34 années de vie conjugale, elle n'avait pas su trouver les mots pour nommer leur relation. Il y avait la tradition, les conventions et la confrontation nécessaire avec sa famille à laquelle Gertrude s'était toujours résignée. Elle avait réussi à s'imposer comme écrivaine, mais n'avait pu s'affirmer comme lesbienne auprès de sa famille. Après l'enterrement, la famille est venue chercher les tableaux que Gertrude avait collectionnés : des Picasso fabuleux, d'inestimables Matisse, des dizaines de toiles de l'avant-garde moderne. Elle n'épargna même pas les biens communs du couple, qui auraient pu assurer à Alice une retraite confortable. Au lieu, Alice dut effectuer de modestes besognes pour gagner sa vie jusqu'à sa mort, 21 ans plus tard.

Les lesbiennes de notre génération connaissent bien cette histoire ou d'autres semblables qui, à la manière des contes de fées, présentent toujours la même fin. Une relation amoureuse téméraire suivie d'une vie de couple engagée, mais vécue dans un contexte d'ombres et de lumières, de clair-obscur. Puis, survient la rupture ou le décès de l'amante et, au dernier tableau, la spoliation des biens communs par la famille. C'est, pour beaucoup, l'histoire de nos aïeules. Un passé qui met en lumière, de façon dramatique, les conséquences de l'absence de protection juridique pour les couples de même sexe. Quoi qu'en disent les médias, il y a encore aujourd'hui, au Canada, de nombreuses Alice et des Gertrude qui, sous les apparences d'une personnalité forte et bien affirmée, tremblent à l'idée d'être reconnues publiquement comme lesbiennes. C'est à elles que nous avons pensé en rédigeant notre recherche.

Il est vrai, cependant, que le contexte a changé. Le mouvement de revendication des gais et des lesbiennes amorcé à la fin des années 1960 a eu des retombées importantes, au point où il est désormais impossible de retourner dans cette clandestinité oppressante caractéristique de l'époque d'avant la révolution sexuelle. À titre d'illustration, mentionnons qu'en 1969, le gouvernement canadien a décriminalisé les pratiques sexuelles associées à l'homosexualité. La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est maintenant interdite dans toutes les juridictions fédérale et provinciales. La population canadienne, quant à elle, affiche une tolérance grandissante à l'endroit des couples de même sexe. Quelques provinces ont adopté, ces deux dernières années, des lois visant à accorder à ces couples les mêmes droits et obligations qu'aux couples hétérosexuels vivant en union de fait. Le gouvernement fédéral a voté récemment un projet de loi qui poursuit les mêmes objectifs. Le mariage reste cependant inaccessible aux couples de lesbiennes et de gais.

Sans nier l'importance de ces avancées, force est de constater qu'elles ont été la plupart du temps le résultat de contestations judiciaires plutôt que celui de la volonté politique affirmée du gouvernement fédéral et des provinces d'éliminer des lois canadiennes la discrimination envers les personnes homosexuelles, leurs couples et leurs familles. Malgré les intentions et les discours teintés d'équivoques des diverses instances gouvernementales, l'égalité pour les lesbiennes reste, encore aujourd'hui, un objectif à atteindre. Les lesbiennes demeurent en effet l'une des dernières catégories de femmes canadiennes à ne pouvoir bénéficier d'une égalité des droits.

Cependant, même si les provinces, les territoires et le gouvernement fédéral modifiaient tous leurs lois afin d'accorder aux couples de même sexe les mêmes droits et les mêmes privilèges que ceux dont jouissent les couples de sexe opposé, il faut se demander quelles adaptations seraient nécessaires pour tenir compte de la situation spécifique de ces couples. La déclaration de sa situation conjugale n'a pas, en effet, la même résonance ni les mêmes conséquences pour les couples de même sexe que pour les couples de sexe opposé. La majorité des couples de lesbiennes cachent encore aujourd'hui leur orientation sexuelle et leur situation conjugale, notamment en milieu de travail, afin de se protéger des réactions négatives. C'est particulièrement le cas pour les lesbiennes vivant en milieu rural ou en région éloignée, pour celles qui sont âgées ou qui occupent une fonction prestigieuse, qui proviennent de communautés ethnoculturelles ou autochtones, ou encore qui vivent dans un environnement homophobe. Notre rapport de recherche montre qu'il existe un écart important entre l'obtention du droit à l'égalité pour les couples de lesbiennes et la possibilité réelle d'exercer ce droit sans risque de préjudices. Il importe donc de prendre en considération les obstacles qui empêchent les lesbiennes et les gais de bénéficier pleinement des droits et des libertés conférés à l'ensemble des citoyens et citoyennes du pays.

D'autres considérations ont guidé la rédaction de notre rapport. En effet, la lutte pour la reconnaissance des couples de même sexe a été surtout menée par des organisations composées majoritairement d'hommes gais et elle n'a pas suscité une mobilisation aussi importante chez les lesbiennes tant au Canada qu'en Europe (Schultz, 1998; Turcotte, 1998). Il est vrai que partout en Occident, la nécessité de protéger les liens amoureux unissant deux personnes de même sexe est apparue historiquement avec l'épidémie du sida durant les années 1980 (Pouliquen, 1997; Demczuk et Remmigi, 1998). Véritable pandémie, le sida a entraîné à une vitesse fulgurante le décès de nombreux hommes gais et il a mis en lumière la vulnérabilité de leurs conjoints qui étaient, la plupart du temps, dépourvus de toute protection juridique. Les lesbiennes, qui sont souvent plus critiques à l'égard de la conjugalité et du mariage qu'elles perçoivent comme l'institution de la mise en tutelle des femmes, ont-elles collectivement les mêmes intérêts à voir leurs liens de couples institutionnalisés? Leur conception du couple et de la reconnaissance juridique de celui-ci s'inscrit-elle dans la même perspective d'égalité formelle que celle d'un bon nombre d'organismes gais au Canada? Voilà quelques questions auxquelles notre recherche a tenté de répondre.

Par ailleurs, nous savons que la reconnaissance du statut de conjoints entraîne des effets économiques. Or, quelles seront les conséquences de cette reconnaissance pour les couples de lesbiennes, avec ou sans enfant, quant à leur accès aux régimes fiscaux et aux régimes

publics de soutien du revenu? À cause de la discrimination liée au sexe et à l'orientation sexuelle sur le marché du travail ainsi que des charges financières associées à la présence d'enfants, les lesbiennes doivent compter davantage que les gais sur les régimes publics de soutien du revenu. Si l'élimination de la discrimination à l'endroit des couples de même sexe dans la fiscalité et les régimes d'assurance sociale et privée comporte d'indéniables avantages, tel n'est cependant pas le cas, comme nous le verrons, pour les régimes ayant un test de revenu, y compris ceux qui sont administrés au moyen de la fiscalité. Alors que les régimes universels, de par leur nature, ne discriminent pas et que toutes les personnes sont admissibles indépendamment de leur situation familiale, leur orientation sexuelle ou leur sexe, les gouvernements canadiens ont choisi de remplacer un grand nombre de ces régimes par des programmes sélectifs. Dans ces programmes, le montant des prestations est généralement calculé en fonction du revenu familial et il est désavantageux de se faire reconnaître comme conjointe ou conjoint. Le choix de faire reconnaître son couple en tant que lesbienne sera-t-il influencé par le bilan des avantages et des inconvénients pécuniaires de la participation à ces régimes? À l'instar de nombreuses femmes hétérosexuelles, les lesbiennes auront-elles à choisir entre la reconnaissance sociale de leurs couples et leur intérêt financier ainsi que celui de leurs enfants? Comment revoir les lois de manière à ce qu'elles répondent au besoin d'autonomie financière des lesbiennes de même qu'à celui de l'ensemble des femmes? Ce sont autant de considérations auxquelles nous tenterons de répondre.

Notre recherche poursuit un double objectif. Premièrement, elle propose une analyse critique de la stratégie étapiste et de l'approche de l'égalité formelle telles qu'elles sont appliquées à la reconnaissance juridique des couples de même sexe au Canada. Cette analyse se fonde sur un examen de l'évolution du droit canadien ainsi que sur les attentes et les besoins exprimés par des groupes de lesbiennes du Québec et de l'Ontario francophone. À partir des diverses formules de reconnaissance juridique des couples de même sexe adoptées ailleurs en Occident, notre recherche propose des principes et des recommandations qui tiennent compte de la situation sociale de stigmatisation des lesbiennes dans une perspective d'égalité substantive. Deuxièmement, notre recherche vise à cerner les conséquences financières, positives ou négatives, de l'inclusion des couples de lesbiennes dans la fiscalité et les programmes canadiens de soutien du revenu. Elle suggère, là aussi, des principes et des pistes de réforme des lois fiscales et des programmes publics de soutien du revenu pour répondre plus adéquatement aux réalités socioéconomiques des lesbiennes comme à celles de l'ensemble des femmes.

Réalisée dans une perspective féministe et multidisciplinaire, notre recherche puise sa méthodologie à la source de trois disciplines : le droit, l'économie et la sociologie. La situation sociale des lesbiennes est le point de départ de notre analyse féministe. Celle-ci tient compte à la fois de l'oppression liée aux rapports sociaux de sexe et à l'hétérosexisme en tant que composantes du patriarcat. Évidemment, les réalités des lesbiennes sont diversifiées. Au fil des consultations menées, nous avons cherché à prendre en considération cette diversité en fonction de l'âge, de l'ethnicité, de la classe sociale, de la situation familiale et du milieu rural ou urbain.

Notre étude est axée sur le droit familial et les programmes canadiens du soutien du revenu appliqués au Québec et en Ontario; ceux des autres provinces ne sont abordés qu'accessoirement. La recherche a été réalisée entre avril 1999 et avril 2000. En juillet 2000, le Parlement canadien a adopté le projet de loi C-23 (*Loi sur la modernisation de certains avantages et obligations)*, une loi omnibus qui accorde aux couples de même sexe les mêmes droits et obligations qu'aux couples hétérosexuels en union de fait dans les lois fédérales. Lors de la révision de ce rapport pour fins de publication, nous avons introduit certains ajouts qui tiennent compte de ce changement législatif. Toutefois, une analyse approfondie des effets juridiques, économiques et sociaux de cette loi reste à être menée.

Notre rapport de recherche comprend six chapitres. Le premier présente une mise en contexte historique retraçant les étapes de l'évolution du droit à l'égalité pour les lesbiennes et les gais au Canada. Nous décrivons ainsi le contexte juridique dans lequel s'est inscrite la reconnaissance du droit à l'égalité pour cette minorité et les principales contestations judiciaires qui ont jalonné ce parcours. Nous remettons ensuite en question la stratégie étapiste adoptée par le gouvernement canadien et nous plaidons en faveur d'une vision plus complexe de l'égalité que ne le propose la stratégie libérale de l'égalité formelle. L'évolution récente des décisions judiciaires et l'adoption de nouvelles lois commandent que nous dressions un état du droit canadien en matière de reconnaissance des couples de même sexe et de leurs familles. C'est d'ailleurs l'objet du deuxième chapitre.

Le troisième chapitre traite des conséquences financières de l'inclusion des couples de lesbiennes dans le droit familial, la fiscalité et les programmes canadiens de soutien du revenu. Nous décrivons d'abord les programmes et les mesures fiscales qui tiennent compte du statut de conjoints; nous soulignons lesquels reconnaissent les couples de lesbiennes et quels sont, pour eux, les impacts financiers. Puis, nous examinons d'un oeil critique les fondements de ces divers programmes, leurs objectifs et leurs prémisses idéologiques. Nous verrons, comme l'ont déjà souligné de nombreuses chercheures féministes, qu'il y a un écart parfois considérable entre leurs objectifs déclarés et leurs résultats concrets. Les contradictions ainsi créées nous amènent à remettre en question l'utilisation de la conjugalité, qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle, comme critère d'accès à ces programmes.

Les effets symboliques, juridiques et financiers de la reconnaissance des conjointes de même sexe sont au coeur des préoccupations des lesbiennes. Pourtant, peu d'études canadiennes ont tenté d'évaluer les besoins et les préférences des lesbiennes quant aux modalités de reconnaissance légale de leurs couples. Un des objectifs sous-jacents de notre recherche est donc de pallier cette lacune. Nous avons mené des consultations auprès des principaux organismes de défense des droits des lesbiennes au Québec et en Ontario francophone et de quelques personnes-ressources, afin de cerner leurs points de vue sur la reconnaissance juridique des couples de même sexe au Canada. Le chapitre 4 résume les consultations réalisées auprès de cinq groupes de discussion qui ont réuni 75 participantes aux profils variés. Les résultats confirment que, pour assurer le droit à l'égalité, il ne suffira pas simplement d'étendre aux couples de même sexe la définition du statut de conjoint telle qu'elle s'applique aux unions hétérosexuelles. Il sera nécessaire d'adopter une approche

d'égalité substantive qui tienne davantage compte de la situation de stigmatisation réelle vécue par les lesbiennes.

Dans le chapitre 5, nous rapportons comment d'autres pays occidentaux ont répondu aux revendications des gais et des lesbiennes en accordant une reconnaissance juridique de leurs couples et de leurs familles. Dix pays ont mis en oeuvre des formules d'enregistrement volontaire des couples de même sexe ou reconnaissent de façon automatique leurs unions de fait en date de juin 2000. Nous décrivons ces différents modèles de partenariat enregistré, dont certains accordent aux couples de même sexe des droits et obligations équivalents au mariage alors que d'autres octroient un statut juridique distinct. La seconde partie du chapitre 5 décrit les approches de l'égalité qui ont influencé l'élaboration de ces modèles ainsi que leurs fondements. Cette analyse alimente la réflexion quant à la voie à privilégier pour éliminer la discrimination persistante à l'endroit des couples de lesbiennes et de gais au Canada. Finalement, le chapitre 6 regroupe les principes et les recommandations de notre recherche.

Nous espérons enrichir la problématique de la reconnaissance des couples de même sexe et offrir des options de réforme qui permettront aux lesbiennes, à leurs organismes communautaires et aux organismes féministes de continuer à jouer un rôle actif dans la défense et la promotion du droit à l'égalité pour toutes les femmes. Notre recherche s'adresse également aux instances gouvernementales qui auront à se prononcer sur cette question. En mettant en lumière les besoins exprimés par les lesbiennes quant aux modalités de reconnaissance de leurs unions, en évaluant les conséquences financières de leur inclusion dans la fiscalité et les régimes de soutien du revenu, notre recherche est susceptible d'aider les responsables des différents échelons gouvernementaux à prendre des décisions éclairées sur les réformes qui s'imposent.

1 : L'ÉVOLUTION DU DROIT À L'ÉGALITÉ

Nous présentons, dans ce chapitre, les grandes étapes de l'évolution du droit à l'égalité pour les lesbiennes et les gais au Canada. Les 40 dernières années ont été marquées d'abord par la décriminalisation de l'homosexualité, puis par l'inscription de l'orientation sexuelle comme motif illicite de discrimination dans les lois sur les droits de la personne et plus tard, comme motif analogue dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi que par l'adoption de mesures législatives visant à reconnaître un statut juridique aux couples de même sexe. Ces avancées sont le fruit des efforts soutenus déployés par les communautés gaies et lesbiennes, qui ont dû affronter un barrage de résistance des gouvernements fédéral et provinciaux ainsi que des tribunaux.

Nous décrivons, dans ce chapitre, le contexte juridique dans lequel s'est inscrite la reconnaissance du droit à l'égalité pour la minorité gaie et lesbienne et les principales contestations judiciaires qui ont jalonné ce parcours. Nous remettons ensuite en question certaines stratégies adoptées par le gouvernement et les organismes de défense des droits des gais et des lesbiennes.

1.1 La décriminalisation des pratiques sexuelles associées à l'homosexualité

Qualifiées d'immoralité par les canons religieux, de pathologie sexuelle par les sciences psychomédicales et d'acte criminel par le droit étatique, les relations amoureuses entre personnes de même sexe ont suscité des débats à la fin des années 1960. À cette époque, le Canada s'apprête à entreprendre une réforme de son *Code criminel* en matière de moeurs sexuelles. Suivant le principe utilitariste, les tenants de la libéralisation de l'homosexualité maintiennent que crime et péché ne sont pas synonymes. Ils soutiennent que seuls les actes sexuels causant un préjudice à autrui peuvent légitimement faire l'objet d'une prohibition criminelle. Dès lors, toute tentative de réglementer les comportements sexuels pour des raisons autres est perçue comme une entrave à la liberté individuelle[1]. Or, le respect de la liberté individuelle s'accompagne de la distinction entre les sphères privée et publique, ce que vise à concrétiser en 1969 le projet de loi omnibus réformant le *Code criminel*[2].

Le projet de loi omnibus de 1969 prévoyait, entre autres, que tout acte de sodomie ou ce qui était auparavant qualifié de grossière indécence ne constituaient pas des actes criminels s'ils étaient accomplis en privé entre adultes consentants âgés de 21 ans et plus (Kinsman, 1987, p. 168)[3]. Toutefois, la loi de 1969 maintenait les distinctions d'âge entre hétérosexuels et homosexuels pour la définition d'adulte consentant[4]. Elle ne représentait pas « une légalisation de l'homosexualité », mais plutôt une décriminalisation partielle de certaines pratiques sexuelles non limitées aux homosexuels, mais qui leur étaient souvent associées (Bertrand, 1988). Au-delà de ces changements au *Code criminel*, la violence, la discrimination dans l'emploi, le harcèlement policier et les distinctions quant à la conjugalité pouvaient se poursuivre impunément. Ce n'est que huit ans plus tard, soit en 1977, que le gouvernement fédéral a aboli l'interdit d'immigration qui pesait contre les homosexuels depuis 1952 (Girard, 1987).

1.2 L'inscription de l'égalité dans les droits fondamentaux

La notion de droits individuels et son corollaire, les déclarations des droits de la personne ou de l'homme, sont au coeur de la démocratie libérale. Elles rendent illégitime tout acte de l'État qui porte indûment atteinte à une liberté dite fondamentale telle que la liberté de religion, d'expression ou d'association. À ces libertés fondamentales s'ajoute le droit de chacun, sans distinction, de recevoir les mêmes protections et les mêmes bénéfices des lois.

Au Canada, à venir jusqu'aux années 1960, ces libertés et droits fondamentaux n'étaient pas inscrits dans le droit statutaire. Il fallait donc s'en remettre à l'interprétation judiciaire en invoquant le concept amorphe de « justice naturelle ». En 1959, l'affaire *Roncarelli* c. *Duplessis*, dans laquelle la Cour suprême du Canada[5] dénonçait la « loi du cadenas », illustre bien le recours ultime que représentait à l'époque ce concept. Avec l'adoption, dans les années 1960, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* aux Nations Unies, à laquelle le gouvernement fédéral et les provinces doivent se conformer, et avec l'évolution du rôle de l'État, le besoin de mesures proactives devient toutefois plus pressant. Notons également que, dans les années 1960, l'émergence des mouvements sociaux féministes et antiracistes, en particulier aux États-Unis, a d'autant souligné l'urgence de ce besoin.

Après plusieurs années de tâtonnements, les gouvernements s'attaquent enfin aux fondements de la discrimination. Ils adoptent des lois et des codes complets reconnaissant que l'élimination de la discrimination exige la confrontation des attitudes et des stéréotypes profondément ancrés dans la culture, des programmes d'éducation et de prévention, ainsi que des mécanismes efficaces de plaintes et de sanctions. C'est à cette étape que sont créées des commissions chargées de promouvoir les droits de la personne et de fournir un recours rapide et plus accessible à quiconque a subi de la discrimination dans l'emploi, le logement ou les services (Tarnopolsky et Pentney, 1994). Il ne suffisait pas cependant de promulguer ces lois qualifiées de quasi constitutionnelles, en ce sens qu'elles ont prépondérance[6] sur les lois ordinaires. Il fallait aussi, pour les rendre efficaces, les interpréter de manière à considérer la discrimination non comme le fait de quelques personnes, mais bien comme une réalité systémique. Il fallait reconnaître que l'égalité ne peut pas être atteinte à moins de fournir aux minorités, même les plus impopulaires, une protection à l'encontre de l'opinion majoritaire.

Les débats entourant l'adoption des lois et des codes des droits de la personne ont certes contribué à la popularisation du discours des droits. C'est toutefois surtout à la *Charte canadienne des droits et libertés*[7] (ci-après *Charte canadienne*) que revient l'insigne honneur d'avoir présidé au mouvement d'introduction du juridique dans le discours politique et social. En effet, la portée des lois et des codes des droits de la personne était limitée par la volonté politique du Parlement et des assemblées législatives sensibles à l'opinion majoritaire de l'électorat. Avec l'adoption de la *Charte canadienne*, auquel le législateur ne peut passer outre, plusieurs voyaient la possibilité de forcer, par la contestation judiciaire, la main du législateur et ainsi de mieux protéger les minorités.

Les résultats des contestations judiciaires engagées par les gais et les lesbiennes illustrent bien la portée et les limites de la stratégie judiciaire qui a été privilégiée à l'extérieur du Québec. Les gais et les lesbiennes du Québec ont, quant à eux, davantage misé sur la réforme législative directe comme en fait foi l'histoire de la lutte pour obtenir l'inscription d'un interdit de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (Sivry, 1998; Smith, 1999). Cette stratégie a également mené à l'adoption, en 1999, du projet de loi 32[8] qui confère aux couples de même sexe les mêmes droits et obligations que les couples hétérosexuels vivant en union de fait au Québec (Demczuk, 1999; Demczuk et Gariépy, 1999).

1.2.1 Les lois sur les droits de la personne et la lenteur à inclure le motif de l'orientation sexuelle

Le gouvernement fédéral et la plupart des provinces ont adopté leurs lois sur les droits de la personne vers la fin des années 1960 et durant la première moitié des années 1970. Il faudra néanmoins attendre 1977 pour voir une province, en l'occurrence le Québec, inscrire l'orientation sexuelle comme motif prohibé de discrimination dans la *Charte des droits et libertés de la personne*[9]. Neuf ans plus tard, l'Ontario[10] emboîtait le pas au Québec. Ce n'est cependant qu'après 21 ans de luttes acharnées, et à la suite de la cause *Vriend*[11], que les lesbiennes et les gais de toutes les provinces canadiennes ont pu bénéficier d'une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle[12]. Dans certains cas, il a fallu que les commissions des droits de la personne lancent des ultimatums aux législateurs[13]. Dans d'autres cas, le texte législatif n'a pas été modifié en dépit du fait que les tribunaux intégraient déjà, par interprétation, ce motif dans la loi[14].

Le cas de *Vriend* n'est qu'une illustration parmi d'autres de l'obstination des législateurs. Delwin Vriend, un coordonnateur de laboratoire scolaire, a dû porter sa cause jusqu'à la Cour suprême du Canada pour obtenir que la loi sur les droits de la personne de l'Alberta le protège contre un licenciement motivé par l'homophobie. Comme l'explique la Cour suprême du Canada, dans sa décision rendue en avril 1998, les refus répétés du gouvernement albertain de donner suite aux recommandations de sa Commission des droits de la personne — laquelle demandait, depuis 1984, l'inclusion de l'orientation sexuelle comme motif prohibé de discrimination — indiquaient qu'il ne s'agissait non pas d'un oubli, mais plutôt d'une omission délibérée[15]. Cette exclusion intentionnelle d'une loi dont l'objet même est de fournir une protection contre la discrimination a des effets discriminatoires, puisque, comme l'explique la Cour suprême du Canada :

> [...] Il s'agit clairement d'une distinction qui avilit la personne et qui renforce et perpétue l'idée voulant que les homosexuels soient des personnes moins dignes de protection au sein de la société canadienne. L'atteinte potentielle à la dignité des homosexuels et à la valeur qu'on leur reconnaît constitue une forme particulièrement cruelle de discrimination. [...] [M]ême si la discrimination est le fait de particuliers, c'est l'État qui nie toute protection aux victimes[16].

En conséquence, la Cour suprême du Canada a ordonné que la loi albertaine soit interprétée de manière à inclure l'orientation sexuelle, de sorte qu'elle corresponde à la majorité des lois sur les droits de la personne en vigueur dans les autres juridictions provinciales et fédérale.

La revendication visant à faire inclure le motif de l'orientation sexuelle dans les lois sur les droits de la personne a aussi essuyé plusieurs échecs, en particulier à l'échelon fédéral. Promise dès 1986 par le ministre de la Justice, ce n'est que 10 ans plus tard, soit en juin 1996[17], après plusieurs projets de loi rejetés ou morts au Feuilleton que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* fut finalement modifiée. Or, cette résistance du gouvernement fédéral à interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne se manifestait pas uniquement à propos de sa *Loi canadienne sur les droits de la personne*[18]. Cet entêtement s'exprimait également au sujet des lois fédérales dont certaines ont un impact sur l'application des lois et des politiques provinciales. À titre d'exemple, la *Loi de l'impôt sur le revenu* confère une exemption fiscale aux régimes de retraite qui respectent certains critères. Or, seuls les régimes qui limitaient aux hétérosexuels les bénéfices associés au statut de conjoints y étaient reconnus[19]. Faisant pourtant souvent figure de précurseur dans le domaine des politiques sociales, le gouvernement fédéral a tardé à reconnaître les gais et les lesbiennes. Il a aussi, par son inaction délibérée, freiné l'évolution des lois dans les provinces où les gais et les lesbiennes avaient réussi à gagner un appui suffisant pour obtenir des réformes.

L'adoption de la *Charte canadienne* va cependant marquer un point tournant pour le droit à l'égalité des gais et des lesbiennes comme pour l'ensemble des minorités au Canada. Les retombées n'ont toutefois pas été immédiates.

1.2.2 L'avènement de la *Charte canadienne* et ses principes d'interprétation

La *Charte canadienne* est entrée en vigueur en 1982, mais l'application de son article 15, qui garantit à tous la même protection et le même bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination, a été retardée au 1er avril 1985. Ce délai de trois ans devait permettre à toutes les juridictions, provinciales et fédérale, de réviser puis de modifier leurs lois afin d'assurer leur conformité avec la *Charte canadienne.* Si les lois sur les droits de la personne permettent de réparer des actes discriminatoires, la *Charte canadienne* a, quant à elle, une valeur constitutionnelle. Ce faisant, elle permet d'invalider non seulement des actes et des pratiques discriminatoires, mais aussi les lois habilitantes, y compris la *Charte des droits et libertés de la personne* adoptée au Québec et les lois provinciales et fédérale sur les droits de la personne. Le législateur devait donc s'assurer que ses lois n'effectuaient pas de discrimination, sans quoi elles allaient faire l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité laissant ainsi un vide juridique dans leur domaine d'application.

Avant de décrire les grandes étapes de la reconnaissance des lesbiennes et des gais grâce à l'avènement de la *Charte canadienne,* il importe d'en expliquer brièvement les principales doctrines d'interprétation et d'application en matière d'égalité. Nous verrons donc : a) la doctrine des motifs analogues, b) la doctrine de l'égalité substantive et c) l'effet de l'article premier de la *Charte canadienne.* Cette présentation sommaire permettra de mieux

comprendre l'évolution du droit à l'égalité pour les lesbiennes et les gais dans le contexte juridique canadien des 20 dernières années.

Les motifs analogues non énumérés

Comme nous l'avons mentionné, la reconnaissance des droits à l'égalité en vertu de la *Charte canadienne* est précisée à l'article 15(1) qui stipule :

> La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment les discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques[20].

Or l'orientation sexuelle ne figure pas explicitement dans la description des motifs illicites de discrimination. Cependant, une décision de la Cour suprême du Canada permettra d'interpréter la formulation non limitative de l'article 15 afin d'y ajouter d'autres motifs prohibés à titre de motifs analogues.

Ainsi, quatre ans après l'entrée en vigueur de l'article 15, la Cour suprême du Canada doit déterminer si la loi régissant l'admission au barreau de la Colombie-Britannique et exigeant que la personne candidate soit de citoyenneté canadienne viole les garanties d'égalité. Comme le motif de la citoyenneté n'apparaît pas dans la liste des motifs prévus à l'article 15, cette cause allait permettre de vérifier si, de l'avis de la Cour suprême, cette garantie d'égalité était susceptible d'évoluer afin de protéger des groupes qui n'y sont pas explicitement énumérés. La Cour suprême du Canada donne raison à la plaignante et affirme que les motifs de discrimination énumérés au paragraphe 15(1) ne sont pas exhaustifs et qu'ils comprennent aussi des motifs analogues[21]. Selon la juge Wilson, dont les propos ont été repris dans les affaires subséquentes :

> [...] les personnes qui n'ont pas la citoyenneté font partie d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15. [...]Je crois également qu'il importe de souligner que l'éventail des minorités discrètes et isolées a changé et va continuer à changer avec l'évolution des circonstances politiques et sociales. [...] On peut prévoir que les minorités discrètes et isolées de demain vont comprendre des groupes qui ne sont pas reconnus comme tels aujourd'hui [22].

Certains tribunaux inférieurs en étaient déjà arrivés à cette conclusion. Pourtant, c'est seulement en 1995, avec l'affaire *Egan*[23], que la Cour suprême du Canada confirmera que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue.

Le passage de l'égalité formelle à l'égalité substantive

Avant même l'adoption de la *Charte canadienne*, après une dizaine d'années d'application des lois et des codes des droits de la personne, il était devenu évident que ces lois et codes ne donnaient pas les résultats escomptés et ne faisaient qu'entériner le *statu quo*. De l'avis de

plusieurs, ce phénomène était attribuable à la méthode d'analyse des faits de discrimination. Cette méthode exigeait que le plaignant ou la plaignante démontre que les actes subis étaient motivés par une intention discriminatoire. Or, comme l'affirmait la Cour suprême du Canada en 1985, cela équivaut à :

> [...] élever une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant qui demande réparation. Il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile en formulant des règles qui, tout en imposant des normes d'égalité, créeraient [...], des injustices et de la discrimination en traitant également ceux qui sont inégaux[24].

Pour supprimer la discrimination, il ne suffisait pas d'abandonner la notion de discrimination intentionnelle. Il fallait aussi — comme la Cour suprême du Canada l'a fait dans cette même affaire — reconnaître que la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable (appelée discrimination systémique ou indirecte) contreviennent aux régimes des droits de la personne. Il y a discrimination directe lorsque, par exemple, l'on établit comme règle : « Ici, on n'embauche pas de Sikh » ou encore « Ici, on n'embauche que des catholiques ». Il y a discrimination indirecte lorsque, par exemple, un employeur adopte une règle qui, en dépit de ses apparences de neutralité, a un effet différent sur des personnes appartenant à une minorité telle que : « Tous les employés doivent porter un casque protecteur ». Dans ce dernier cas, la norme a un effet préjudiciable et donc discriminatoire notamment pour les membres de la religion sikh, qui interdit le port d'un couvre-chef par-dessus le turban.

Ce développement de la jurisprudence en matière d'égalité redonnait espoir aux minoritaires, puisque l'État affirmait ainsi sa volonté de réaliser l'égalité substantive ou réelle. Elle permettait d'espérer que l'approche de l'égalité formelle qui, pour paraphraser Anatole France, interdit également aux riches et aux pauvres de coucher sous les ponts[25], allait être dépassée. Par contraste, l'égalité substantive se veut réparatrice et, pour ce faire, elle affirme que le même traitement peut parfois imposer un fardeau supplémentaire à des personnes dont les caractéristiques ou le contexte sont différents. Par conséquent, une norme sera dite discriminatoire, et donc illégitime, si elle a un effet plus contraignant pour les membres des minorités dont la protection est visée par les lois et les codes des droits de la personne[26].

Un traitement différent peut aussi s'avérer nécessaire, dans certains cas, pour promouvoir l'égalité[27]. Il faut par contre distinguer s'il vise à faire cesser la discrimination ou s'il perpétue la discrimination. Dans la cause *Moore,* le procureur du gouvernement fédéral a tenté de justifier l'ajout d'un statut différent pour les conjoints de même sexe plutôt que l'inclusion de ces derniers dans la définition du terme « conjoint » dans les régimes de prestations aux employés. La section de 1re instance de la Cour fédérale lui a répondu en faisant siens les commentaires suivants :

> Pareil compromis rappelle la « doctrine de la communauté égale, mais séparée » qui est maintenant discréditée et qui a été élaborée par la Cour

> suprême des États-Unis dans Plessy c. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896), à l'appui de la discrimination contre les afro-américains et autres non-blancs. Cette doctrine a été largement condamnée et officiellement rejetée par la jurisprudence Brown c. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954). Au Canada, la doctrine de l'égalité séparée a été rejetée par la Cour suprême qui [...] y voyait un artefact détestable de l'approche de la situation analogue. On ne peut échapper à la conclusion que l'octroi des prestations aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes sous un régime différent de celui réservé aux partenaires hétérosexuels représente une version de la doctrine de l'égalité séparée. Il ne faut pas ressusciter cette doctrine épouvantable au Canada 40 ans après sa mort fort remarquée aux États-Unis[28].

La Cour poursuit en disant que, même si la distinction ne donne pas lieu à un désavantage matériel, si elle renforce la distinction entre les couples homosexuels et hétérosexuels, et cela sans explication valable, la disposition sera comme considérée discriminatoire[29]. À cet effet, elle rejette la prétention du gouvernement selon laquelle l'adoption d'une définition distincte aurait été une méthode plus expéditive que l'élimination de la définition discriminatoire :

> Or, il n'a été produit aucune preuve selon laquelle la méthode choisie par l'employeur était plus expéditive [...] J'estime que le besoin d'efficacité administrative, même en supposant qu'il puisse être démontré, ne change pas la nature « d'égalité séparée » du régime choisi par l'employeur et ne le rend donc pas moins discriminatoire[30].

Cet argument d'efficacité correspond à une tentative de justification qu'autorise l'article premier de la *Charte canadienne*, comme nous le verrons maintenant.

La discrimination justifiée par des intérêts collectifs

Même si la *Charte canadienne* vise à protéger les droits fondamentaux de la personne, elle reconnaît que ces droits ne sont pas absolus et que les gouvernements doivent parfois leur porter atteinte dans la poursuite d'objectifs sociaux collectifs. L'article 33 de la *Charte canadienne* permet aux législatures d'adopter des lois où elles déclarent expressément leur volonté de passer outre aux droits individuels pendant une période maximale de cinq ans. L'article premier permet aussi au législateur de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux pourvu que la violation ne leur porte pas plus atteinte qu'il n'est nécessaire à la réalisation d'un objectif social important. En d'autres mots, l'article premier oblige les tribunaux appelés à déterminer s'il y a discrimination à prendre en compte les objectifs sociaux qui justifieraient la mesure discriminatoire. Même s'il appartient au gouvernement de prouver l'existence d'un objectif social important et la nécessité de la discrimination pour réaliser cet objectif, les attitudes et les valeurs des juges influent sur le degré de déférence qu'ils manifesteront envers le choix du législateur. L'affaire *Egan*[31] illustre avec éloquence le rôle joué par l'article premier et les attitudes des juges quant à son interprétation. Dans l'affaire *Egan*, le plus jeune partenaire d'un couple gai demande l'allocation de conjoint. Cette allocation fait partie du programme d'assistance prévu pour les personnes de 60 à 64 ans qui vivent en union avec une personne d'au moins 65 ans qui reçoit la pension

de sécurité de la vieillesse. Dans un jugement de la Cour suprême du Canada, cinq juges sur neuf ont considéré que l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* violait le droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Seulement quatre de ces cinq juges ont toutefois conclu que la discrimination n'était pas justifiée en vertu de l'article premier[32]. Le juge Sopinka, dont l'opinion a été déterminante quant à l'issue ultime de la contestation, est passé dans l'autre camp. Il a fait valoir que la mesure discriminatoire était justifiée parce qu'elle visait un objectif social important, soit celui d'atténuer la pauvreté chez les conjoints âgés, en particulier les femmes qui sont restées sans salaire afin de s'occuper des enfants. La mesure était également justifiée, parce qu'à son avis, le gouvernement doit pouvoir intégrer progressivement[33] tous ceux qui ont un besoin d'aide financière.

Comme le fait remarquer la juge L'Heureux-Dubé, qui considérait que l'article premier ne justifiait pas la discrimination contre les couples lesbiens et gais, le raisonnement du juge Sopinka favorise le *statu quo*. Elle ajoute : « Permettre de se fonder sur la nouveauté de la demande des appelants pour justifier une discrimination dans une société libre et démocratique mine les valeurs même que notre Charte, y compris l'article premier, cherche à préserver[34] ».

Force est de constater que malgré la promulgation de l'article 15 de la *Charte canadienne*, le droit à l'égalité n'a rien d'automatique. Nous verrons, dans la section suivante, que les tribunaux du pays feront appel à des doctrines d'interprétation ou d'application de la *Charte* pour freiner ou favoriser l'accès des lesbiennes et des gais à l'égalité. Poursuivons donc notre chronologie.

1.3 Les lesbiennes et les gais invoquent la *Charte canadienne*

Confrontés à la lenteur du Parlement canadien et des législatures provinciales à corriger la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, les lesbiennes et les gais ont vu dans la *Charte canadienne* un moyen privilégié d'obtenir respect et justice. En 1986, moins d'un an après l'entrée en vigueur de l'article 15, la Cour suprême de la Colombie-Britannique devait statuer si l'exclusion des conjoints de même sexe des dispositions portant sur le droit aux aliments dans le droit de la famille était contraire à la *Charte canadienne*. Avec une attitude qui peut s'expliquer autant par la nouveauté de l'article 15 que par l'hétérosexisme, la Cour suprême de la Colombie-Britannique se limite à dire sans plus d'explication et sans examen de l'article 15 : « La réponse se trouve à l'article premier de la Charte[35] *[traduction]* ».

En 1988, avant même que la Cour suprême du Canada ait déterminé que la protection de l'article 15 ne se limite pas aux motifs énumérés, la Cour supérieure de l'Ontario entend un cas portant sur l'exclusion d'un couple de lesbiennes du régime d'assurance-santé. Elle admet alors que les lesbiennes et les gais constituent un groupe analogue. Toutefois, elle juge que, puisque seuls les couples hétérosexuels peuvent procréer, la distinction relève de cette capacité et non de la discrimination. Elle ajoute que, même s'il y avait eu de la discrimination, celle-ci aurait été justifiée par l'article premier[36].

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*[37] en 1989 marque un point tournant pour tous les groupes historiquement défavorisés, y compris les lesbiennes et les gais. La Cour confirme l'approche de l'égalité substantive et l'interdit de discrimination pour des motifs analogues. En effet, quelques mois plus tard, la Cour fédérale, dans l'affaire *Veysey*, donne pour la première fois gain de cause à un gai qui voulait faire reconnaître l'aspect relationnel de son homosexualité. Elle considère que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue et que l'atteinte au droit à l'égalité n'est pas justifiée par l'article premier[38]. La portée de ce jugement a cependant été limitée, car, en appel, la Cour a maintenu le résultat, mais elle a fondé sa décision sur un autre motif[39].

La même année, le Tribunal des droits de la personne a jugé que le gouvernement fédéral avait discriminé contre son employé, M. Mossop, en lui refusant un congé de deuil pour assister aux funérailles du père de son conjoint. Comme l'orientation sexuelle n'était pas protégée dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le Tribunal a interprété le motif du statut marital de manière à y inclure la protection des conjoints de même sexe[40]. Le gouvernement fédéral a fait appel de cette décision que la Cour suprême du Canada a renversée ultérieurement, en 1993. Nous discuterons en détail de cette cause un peu plus loin.

Encouragées par ces demi-victoires, les lesbiennes et les gais reviennent à la charge et confrontent les préjugés des juges à l'aide de dossiers de mieux en mieux étoffés tant du point de vue du droit à l'égalité que de la sociologie de la famille. Cependant, les résistances sont de taille et les résultats, inégaux[41], comme en témoignent sept décisions rendues durant 1991 et 1992. Trois de ces décisions — *Knodel*, *Leshner* et *Haig* — ont favorisé la reconnaissance des couples de sexe opposé, alors que les quatre autres — *Layland*, *Vogel*, *Nielsen* et celle de la Cour fédérale dans *Mossop* — ont maintenu le *statu quo*.

Dans *Layland* [42] et *Vogel*[43], les tribunaux ont rejeté les prétentions de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. À leur avis, la distinction est fondée sur le fait que les demandeurs ne sont pas conjoints, statut qu'ils pourraient acquérir s'ils s'associaient à une personne de sexe opposé. Par conséquent, la distinction n'est pas le fait d'un traitement discriminatoire de l'État, mais plutôt le résultat d'un choix des demandeurs à qui incombent les conséquences de ce choix. Quant à la Cour fédérale, en appel de la décision *Mossop*[44], elle rejette l'interprétation généreuse que le Tribunal des droits de la personne avait donné au motif de la « situation de famille » sous prétexte que, ce faisant, le Tribunal avait outrepassé ses compétences. Invoquant le fait que cette dernière conclusion avait été portée en appel à la Cour suprême du Canada, la Commission des droits de la personne refuse d'entendre le cas de *Nielsen*[45], un gai qui revendiquait la reconnaissance de son couple de même sexe aux fins du régime de soins dentaires.

Les lesbiennes et les gais pouvaient néanmoins se réjouir de ce que les décisions négatives ne faisaient pas l'unanimité au sein de la magistrature canadienne et que certains tribunaux s'avéraient plus réceptifs. Ainsi, en 1991, dans la cause *Knodel* en Colombie-Britannique, la Cour détermina que l'orientation sexuelle constituait un motif analogue à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Elle ajouta que la loi provinciale portant sur l'assurance médicale était discriminatoire à l'endroit des couples de même sexe. La Cour remédia à la situation en

incorporant, par renvoi à cette loi, une définition inclusive du terme « conjoint ». Quant à la décision *Leshner*, bien qu'elle ait été rendue par une instance inférieure, elle s'est avérée particulièrement réjouissante. Cette décision déclarait discriminatoires les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'échelon fédéral, dont les règles servaient de prétexte pour refuser d'étendre aux lesbiennes et aux gais la reconnaissance de leur conjugalité dans les régimes enregistrés d'assurance et de retraite. En plus de dénoncer le fait que la province justifiait son inaction en renvoyant la responsabilité au gouvernement fédéral, le Tribunal des droits de la personne força la main de ce dernier en élargissant la définition du terme « conjoint » dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[46].

Le gouvernement fédéral pouvait toujours tenter de minimiser la portée de la décision *Leshner* en signalant que la décision d'un tribunal des droits de la personne n'avait pas force de précédent. Cependant, cet argument ne fit pas long feu. Quelques semaines plus tard, la prestigieuse Cour d'appel de l'Ontario déterminait dans *Haig*[47] que l'absence du motif de l'orientation sexuelle dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était contraire à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Afin de remédier à cette discrimination, la Cour d'appel de l'Ontario décidait que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* devait être lue, interprétée, appliquée et administrée comme si le motif de l'orientation sexuelle y figurait explicitement. Même si le cas de *Haig* ne portait pas directement sur la reconnaissance des couples de même sexe, il a redonné espoir aux mouvements gais et lesbiens. La décision rendue montrait qu'ils pouvaient contourner la Cour fédérale, qui avait jusqu'alors systématiquement entériné la résistance du gouvernement canadien, en s'adressant à une instance plus libérale : la Cour d'appel de l'Ontario.

Les réjouissances furent toutefois de courte durée. Quelques mois plus tard, la Cour suprême du Canada rendait sa décision dans l'affaire *Mossop*, qui concerne, rappelons-le, un fonctionnaire fédéral qui s'est vu refuser un congé de deuil prévu à sa convention collective pour assister aux funérailles du père de son conjoint. Pour des raisons qui restent encore obscures, le plaignant dans cette affaire a insisté pour limiter ses arguments au motif de la « situation de famille ». Il a refusé l'invitation explicite que lui faisait la Cour suprême de s'inspirer de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Haig*. Si Mossop avait répondu à l'invitation, la Cour suprême aurait été appelée à examiner si le refus du congé de deuil portait atteinte à l'interdit de discrimination en raison de « l'orientation sexuelle ». Elle aurait alors dû examiner si la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, en n'interdisant pas la discrimination pour motif d'orientation sexuelle, était contraire à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Or la majorité de la Cour suprême du Canada (quatre juges sur sept) s'est retranchée derrière la volonté du législateur :

> Il est donc évident que le législateur, qui ajoutait, en 1983, l'expression « family status » au texte anglais de la LCDP [*Loi canadienne sur les droits de la personne*], refusait au même moment d'interdire, par le biais de cette loi, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. [...] En effet, je vois difficilement comment l'on peut imputer au législateur, dont on sait qu'il a spécifiquement exclu l'orientation sexuelle de la liste des motifs de distinction

> illicite énumérés à la LCDP, l'intention que soit visée par cette même loi la situation qui nous occupe ici[48].

Trois des sept juges accueillaient favorablement les arguments de Mossop au sujet de l'interprétation du motif de la situation de famille et l'un des quatre juges majoritaires laissait entendre que sa conclusion aurait été différente si Mossop avait invoqué le motif analogue de l'orientation sexuelle en vertu de la *Charte canadienne*. L'on aurait donc pu croire que l'égalité des couples de même sexe n'était que partie remise.

Ce n'est que deux ans plus tard, en mai 1995, que la Cour suprême du Canada, affirma, dans l'affaire *Egan*[49], que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue de discrimination. De l'avis de la Cour, les lesbiennes et les gais constituent un groupe désavantagé dont la protection est rendue nécessaire en raison de l'oppression qu'ils ont historiquement subie et qu'ils continuent à subir. Toutefois, ceux et celles qui avaient cru qu'il suffisait d'établir ce motif analogue pour atteindre l'égalité n'avaient pas compté sur la ténacité de la conception hétérosexiste de la famille. Après s'être fait refuser l'allocation de conjoint en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*[50], Egan et Nesbit, son conjoint depuis 27 ans, contestent la constitutionnalité de cette loi. Dans une décision très partagée, une majorité de cinq juges contre quatre affirment que la disposition contestée contrevient à l'article 15 de la *Charte canadienne* puisqu'elle établit une distinction illicite au motif de l'orientation sexuelle. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, l'un de ces juges, le juge Sopinka, a changé de camp lorsqu'il s'est agi de déterminer si la discrimination était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*. Cela créa une majorité de cinq contre quatre qui rejetait l'appel d'Egan. De l'avis de cette majorité, la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* vise un objectif valable et urgent — soit l'atténuation de la pauvreté chez les conjoints âgés — mais son application restreinte aux seuls conjoints de sexe opposé ne porte que minimalement atteinte aux garanties d'égalité. La majorité conclut qu'on ne peut imposer au législateur une attitude proactive en ce qui a trait à la reconnaissance des nouvelles formes de relations dans la société, d'autant plus que les ressources financières de l'État ne sont pas inépuisables. Quant à la minorité, elle affirme que, si l'objectif est l'atténuation de la pauvreté, la mesure choisie par le législateur — soit l'exclusion des conjoints de même sexe — n'a pas de lien rationnel avec cet objectif, puisque celui-ci pourrait être réalisé tout en incluant ces conjoints. Une certaine exaspération transparaît dans les remarques de la juge dissidente, L'Heureux-Dubé, qui critique vertement la méthode d'analyse privilégiée par les juges qui ont conclu à l'absence de violation de l'article 15. Elle affirme, eu égard à l'article premier, que :

> [...] la distinction contestée se trouve dans une loi qui joue un rôle capital dans une institution sociale canadienne fort importante. Le droit en cause est fondamental — le droit à un niveau minimum de revenu pour les personnes âgées — et la non-reconnaissance est complète, pas seulement partielle. Bien que les demandeurs ne soient pas nécessairement plus désavantagés sur le plan économique [...], l'exclusion complète du programme des couples de même sexe a un effet discriminatoire important en ce qu'elle perpétue un préjudice, un stéréotype et une marginalisation à l'égard des couples de même sexe, et des gais et lesbiennes individuellement[51].

La juge L'Heureux-Dubé ajoute, au sujet des économies pour le trésor public :

> Premièrement, suivant le gouvernement lui-même, ces sommes représentent de deux à quatre pour cent seulement du coût total du programme d'allocation pour personnes âgées. Deuxièmement, j'ai parlé d'économies « manifestes » parce que, si les personnes touchées avaient entretenu une relation hétérosexuelle plutôt qu'homosexuelle, le gouvernement aurait eu à verser cet argent de toute façon. Enfin, je remarque que notre Cour à la majorité a reconnu dans l'arrêt *Schachter* c. *Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 709, que les considérations d'ordre budgétaire ne devaient pas être déterminantes à l'égard de l'analyse effectuée dans le cadre de l'article premier, et devaient être plus justement considérées à l'étape de l'élaboration d'une réparation appropriée. Sur ce fondement, j'estime que les effets préjudiciables de la distinction contestée excèdent ses effets bénéfiques[52].

En dépit des commentaires réconfortants de la dissidence et de la faiblesse numérique de la majorité, ceux et celles qui avaient mis leurs espoirs dans la *Charte canadienne* et dans la stratégie de la contestation judiciaire se butaient à un autre subterfuge juridique. Le refus de reconnaître les lesbiennes et les gais comme un groupe nécessitant la protection des droits de la personne cédait maintenant le pas à une légitimation de leur condition d'inégalité en vertu d'intérêts dits supérieurs. Les militantes et les militants devaient se rendre à l'évidence : les préjugés et les stéréotypes ne disparaissaient pas, ils ne devenaient que plus subtils.

C'est donc avec beaucoup d'appréhension que les lesbiennes et les gais ont attendu la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vriend*[53]. Cette affaire concernait, rappelons-le, le congédiement d'un coordonnateur de laboratoire scolaire en raison de l'orientation sexuelle. La décision de la Cour suprême allait permettre de déterminer si les attitudes hétérosexistes manifestées dans le domaine du droit de la famille s'étendaient aussi aux questions portant sur la discrimination dans l'emploi et dans l'accès au logement et aux services. La décision *Vriend*, rendue trois ans après la décision *Egan*, semblait indiquer une évolution des mentalités. Comme nous l'avons mentionné, la Cour suprême du Canada jugea que « [...] l'omission de l'orientation sexuelle était délibérée, et non le résultat d'un oubli[54] » et que cette omission était discriminatoire. Elle rejeta, de surcroît, les arguments du gouvernement albertain qui, s'appuyant sur les propos du juge Sopinka[55] dans l'affaire *Egan*, prétendait que la Cour suprême du Canada ne devait pas intervenir, puisque le législateur devait avoir la possibilité d'intégrer progressivement les groupes minoritaires. À ce dernier argument, la Cour répliqua que :

> [...] la nécessité pour le gouvernement de procéder par étape ne pouvait justifier une violation de la Charte. [...] À mon avis, on ne peut demander à des groupes qui sont depuis longtemps victimes de discrimination d'attendre patiemment que les gouvernements en viennent, étape par étape, à protéger leur dignité et leur droit à l'égalité. Si on tolère que les atteintes aux droits et

> aux libertés de ces groupes se poursuivent pendant que les gouvernements négligent de prendre des mesures diligentes pour réaliser l'égalité, les garanties inscrites dans la Charte ne seront guère plus que des voeux pieux[56].

Avec la décision *Vriend*, l'inclusion de l'orientation sexuelle dans les lois sur les droits de la personne était consacrée à titre de droit constitutionnel après plus de 20 ans de lutte. Il restait à savoir si la Cour suprême du Canada allait se souvenir de ses discours au sujet du droit à l'égalité et à la dignité lorsqu'elle serait de nouveau confrontée à des revendications débordant le droit à l'accès à l'emploi, au logement et aux services, droit protégé en vertu des lois sur les droits de la personne. Sa nouvelle compréhension des mécanismes de l'oppression des lesbiennes et des gais serait-elle suffisante pour oser ébranler le dernier bastion des privilèges hétérosexuels : le droit de la famille?

Un an plus tard dans l'affaire *M.* c. *H.* [57], la Cour suprême du Canada devait déterminer si le fait que la loi ontarienne limitait aux conjoints de sexe opposé le droit aux aliments lors d'une séparation contrevenait à la *Charte canadienne*. Dans son jugement rendu en juin 1999, la Cour déclarait que la loi ontarienne faisait une distinction illicite entre couples de même sexe et de sexe opposé et que cette distinction ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. Cependant, cette fois, la Cour eut recours à une autre dérobade : plutôt que d'imposer une lecture inclusive du terme « conjoint » dans la loi ontarienne, elle suspendit la portée de sa déclaration d'inconstitutionnalité pour permettre au gouvernement ontarien de modifier lui-même la loi sur la famille. À la décharge de la Cour suprême du Canada, on peut admettre l'intérêt que comporte une suspension, car

> [...] si ces questions étaient laissées à l'appréciation des tribunaux, elles ne pourraient être tranchées que sur la base du cas par cas, à grands frais pour les plaideurs privés et pour le contribuable. Par conséquent, je crois qu'il faut accorder au législateur une certaine latitude pour lui permettre d'aborder ces questions d'une façon plus globale[58].

Toutefois, puisque la Cour suprême du Canada n'avait pas elle-même fait un examen critique des jugements relatifs à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, elle n'était sans doute pas en mesure de comprendre les fondements ni l'ampleur de l'hostilité et des résistances du législateur.

Ces résistances profondes se sont manifestées de façon éloquente lorsque, à quelques jours de l'échéance fixée par la Cour suprême du Canada dans *M.* c. *H.*, le gouvernement ontarien déposa son projet intitulé *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*[59]. Mis à part la connotation lapidaire du titre de la loi et des remarques du procureur général[60] lors du dépôt du projet, la portée de la modification confirmait que la Cour suprême du Canada avait eu tort de se fier à la bonne foi du gouvernement. Cela obligea un groupe de défense des droits des gais et lesbiennes à entreprendre une autre démarche auprès de la Cour suprême du Canada[61]. Notons aussi qu'à l'exception de la Colombie-Britannique et du Québec qui n'avaient pas attendu l'affaire *M.* c. *H.*, les autres provinces tardaient encore à réviser leurs lois en matière de

droit de la famille. Il semble donc qu'à l'encontre des souhaits de la Cour suprême du Canada, la reconnaissance des couples de même sexe se fera au « cas par cas, à grands frais pour les plaideurs privés et pour le contribuable[62] ».

Une semaine après la décision *M.* c. *H.*, le gouvernement du Québec adoptait le projet de loi 32[63]. Il a ainsi éliminé les distinctions entre les conjoints de fait fondées sur l'orientation sexuelle pour les fins des régimes publics tels que le Régime de rentes du Québec, l'assurance automobile, l'assurance-médicaments, l'aide et l'indemnisation aux victimes d'actes criminels, les régimes d'assistance sociale, l'aide financière aux études, l'aide juridique, l'attribution des logements à loyer modique, les prestations familiales, l'aide financière pour un enfant en service de garde, la fiscalité, les crédits d'impôt, les contributions au REÉR du conjoint, les régimes de retraite des employés des secteurs publics et parapublics, les régimes complémentaires de retraite, les élections scolaires et l'assurance-maladie, ainsi que pour les fins de lois telles que les lois sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, et la loi sur les normes du travail. Au total, 27 lois et 11 règlements furent modifiés afin d'y inclure les conjoints et conjointes de même sexe. Toutefois, le *Code civil du Québec,* qui régit le droit de la famille, reste inchangé. Nous y reviendrons au chapitre 2.

Comme nous avons pu le constater, la lutte des 30 dernières années pour affirmer le droit fondamental à l'égalité des lesbiennes et des gais a été marquée par la résistance des gouvernements et des tribunaux. Cette situation en mena plusieurs à remettre en question la stratégie de contestation judiciaire, la démarche étapiste et, plus fondamentalement, le modèle patriarcal sur lequel se fonde la reconnaissance juridique des statuts conjugaux.

1.4 Questions de stratégies

Comme il fallait s'y attendre, les analyses des militants gais et des militantes lesbiennes ont souvent repris les questions auxquelles ont été confrontés les mouvements féministe et antiraciste, pour ne nommer que ceux-là. Ces débats ont porté et portent toujours sur : 1) la validité du discours des droits; 2) la légitimité de la stratégie judiciaire par opposition à la réforme législative; 3) la validité de l'étapisme; 4) la stratégie de réforme centrée sur la spécificité; 5) l'adhésion aux institutions patriarcales primaires, telles que le couple et la famille, fondées sur la domination et l'exploitation des femmes par les hommes.

1.4.1 Le discours des droits

Les critiques[64] du discours des droits dénoncent le fait, entre autres, que la revendication de droits renforce l'individualisme, entretient la dichotomie entre l'individu et la collectivité, entrave le développement des organisations de solidarité et renforce la dépendance envers l'État. Dans cette perspective, il faudrait aussi se méfier du discours des droits puisque le langage juridique oblitère les véritables enjeux en faisant usage de notions abstraites qui camouflent la nature politique des choix effectués. Par conséquent, le discours des droits participe plus souvent à la légitimation de la structure hégémonique en place qu'à sa transformation radicale (Mandel, 1989). D'autres analystes insistent, par contre, sur la valeur symbolique des droits, en particulier le fait que la revendication d'un droit, par les personnes

qui en sont privées, participe au processus de construction d'une identité collective et politise des situations jugées jusque-là comme normales (Williams, 1991, p. 146-153; Schneider, 1986).

Quelle que soit la position privilégiée dans ce débat, force est de constater que les lesbiennes et les gais n'ont jamais vécu en marge du droit. C'était vrai avant les années 1970, lorsque leurs lieux de rencontre faisaient l'objet de descentes policières. Ce l'est encore dans les années 1990 où leurs relations amoureuses entraînent des droits et des obligations juridiques. On ne peut nier non plus que le discours des droits a été un lieu de mobilisation des communautés gaies et lesbiennes, au Canada comme ailleurs. Pensons aux coalitions et à tous les regroupements permanents et ponctuels qui ont été mis sur pied pour obtenir l'inclusion du motif de l'orientation sexuelle dans les lois sur les droits de la personne. Comme le suggère Didi Herman (1990, 1994), bien qu'il faille rester éveillé aux dangers du discours des droits, il est peut-être préférable de s'attarder à la manière dont la revendication des droits est menée. De plus, il importe de ne pas confondre « discours des droits » et « judiciarisation ». Si le premier peut servir à mobiliser et à légitimer les revendications, mais aussi l'existence même de ceux qui ont été historiquement opprimés (Williams, 1991, p. 152-154), le second tend à concentrer les ressources et les énergies dans la contestation judiciaire. Souvent, cette orientation s'exerce au détriment de la mise sur pied de vastes regroupements représentatifs de la diversité des communautés gaies et lesbiennes. Elle relègue au second plan la réforme législative et l'engagement dans des activités militantes diverses telles que l'éducation populaire auprès des membres de ces communautés.

1.4.2 La stratégie judiciaire ou la réforme législative?

De prime abord, la stratégie judiciaire semble réunir tous les aspects négatifs du discours des droits. En effet, c'est généralement la plainte d'un individu qui est portée devant les tribunaux. Les arguments qui sont mis de l'avant, la plupart du temps, n'ont pas été débattus démocratiquement par les membres du groupe minoritaire qui sera affecté par la déclaration de la Cour. Les arguments et les cadres d'analyse sont plutôt déterminés par des avocats et d'autres experts et professionnels du mouvement (Herman, 1990, p. 809). Des ressources financières importantes y sont consacrées au détriment d'actions plus radicales (Fudge, 1989, p. 457). De plus, puisque la magistrature est nommée et non élue, cette stratégie est antidémocratique, de l'avis de la gauche comme de la droite[65]. S'ajoute à ces arguments le caractère partiel et à la pièce des solutions apportées par les tribunaux (Québec, CSFQ, 1998, p. 81).

Sans nier la pertinence de toutes ces critiques, il faut avouer que l'élection des assemblées législatives n'est pas nécessairement garante de représentativité populaire ni de diversité. De plus, et même si la situation varie d'une province à l'autre, l'expérience historique illustre que les élus ont été peu réceptifs, sinon hostiles, aux revendications des lesbiennes et des gais dont l'impact électoral était perçu comme marginal. Cette résistance prévalait même au Québec où, malgré le fait que l'orientation sexuelle fut ajoutée à la *Charte des droits et libertés de la personne* dès 1977, les tribunaux ont tardé à donner voix aux revendications des lesbiennes et des gais. En effet, il aura fallu 22 ans pour que le gouvernement du Québec adopte la *Loi 32*[66] qui élimine la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les

dispositions législatives relatives à l'union de fait (Demczuk, 1999). Et cela, malgré les pressions répétées de la Commission des droits de la personne du Québec qui avait organisé en 1993 des audiences publiques sur la discrimination et la violence à l'endroit des gais et des lesbiennes (Québec, CDPQ, 1993, 1994; Demczuk, 1998) et le fait que l'opinion publique québécoise appuyait la reconnaissance juridique des couples de même sexe dans des proportions variant de 73 p. 100 à 76 p. 100 [67]. Le gouvernement du Québec a limité celle-ci aux dispositions législatives concernant l'union de fait. Ainsi, la *Loi 32* n'affecte pas le statut privilégié que le *Code civil du Québec* accorde aux personnes hétérosexuelles. Malgré certaines lacunes liées aux dispositions du *Code civil* en matière de droit de la famille, la *Loi 32* représentait une réforme plus englobante et rationnelle que celles effectuées par les autres gouvernements jusqu'en juillet 2000.

Bien que la réforme législative serait préférable à la contestation judiciaire, l'attitude des législateurs n'a souvent laissé aux lesbiennes qu'une alternative : attendre patiemment que surviennent des changements ou forcer la main du législateur en espérant que, préoccupés par leur propre légitimité, les tribunaux imposeront le respect des droits fondamentaux. Il faut de plus admettre que la présence croissante des intervenants sociaux[68] a permis de minimiser certains aspects négatifs de la stratégie de contestation judiciaire, puisqu'elle a contribué à une meilleure compréhension des enjeux, au-delà des intérêts des seules parties en cause. Fait à noter : cette participation d'intervenants sociaux alliés dans la lutte pour le droit à l'égalité des lesbiennes et des gais est également observable au Québec, notamment dans les actions ayant mené à l'adoption de la *Loi 32*[69].

1.4.3 L'étapisme

Généralement, la stratégie judiciaire est, plus que les réformes législatives, marquée par l'étapisme. On peut affirmer sans crainte de se tromper que le militantisme des lesbiennes et des gais s'inscrit jusqu'à présent résolument dans cette stratégie. Ce choix a été commandé par le contexte politique et social, et l'on ne saurait être trop critique envers les minorités qui font ce qu'elles peuvent dans le contexte qui leur est imposé. D'autant plus que les gouvernements, renforcés par les tribunaux, justifient leur inaction par la nécessité de procéder par étape et d'attendre un consensus social favorable[70].

Néanmoins, il importe d'avoir conscience des conséquences de la stratégie étapiste. Amorcée par les gouvernements et suivie par les organisations de défense des droits des gais et des lesbiennes, elle engendre incertitude et chaos juridiques. En effet, l'adoption de mesures partielles fait en sorte que les lesbiennes et les gais sont traités comme les conjoints hétérosexuels dans certaines lois, alors que leur conjugalité n'est pas reconnue dans d'autres (Cossman, 1994; Ryder, 1993). Cette situation renforce le message selon lequel les lesbiennes et les gais ne méritent pas un effort soutenu du gouvernement, qu'ils importent peu, bref, qu'ils sont des citoyens de seconde classe (Lahey, 1999a, p. 283).

Comme nous le verrons au chapitre 4, les commentaires des lesbiennes interrogées dans le cadre de notre étude illustrent clairement l'absence de consultation et de débat véritables dans les communautés lesbiennes et gaies qui accompagne la stratégie étapiste. Cette situation est

attribuable, en partie du moins, à une certaine complaisance des gouvernements, comme nous l'avons constaté tout au long de ce chapitre, mais aussi à la professionnalisation des organismes de défense des droits des gais et des lesbiennes. En misant sur la stratégie de contestation judiciaire et sur l'étapisme, ces organismes en sont venus à se transformer en de véritables groupes d'experts. Cette spécialisation a exigé, entre autres, une appropriation des connaissances, de la logique, de la méthode et des instruments du droit. Elle a par conséquent favorisé un certain profil de militants et de militantes. Elle a aussi privilégié un discours libéral du droit centré sur l'égalité formelle au détriment d'une compréhension plus complexe des enjeux et des limites de l'inclusion des gais et des lesbiennes dans le droit de la famille. De plus, en adoptant une stratégie étapiste, le leitmotiv de l'action politique est devenu : « On obtient ce que l'on peut et pas nécessairement ce que l'on veut », de sorte que la « solution ultime » n'est pas sérieusement débattue, pas plus d'ailleurs que la critique du régime familial existant et de son articulation au patriarcat et à la privatisation des programmes sociaux. Dans la bataille, ces analyses féministes sont occultées, voire marginalisées.

1.4.4 La stratégie de réforme centrée sur la spécificité

De 1986 à 1995[71], devant la lenteur du législateur à leur fournir un recours contre la discrimination, les gais et les lesbiennes ont invoqué des motifs déjà inscrits dans les lois sur les droits de la personne : ceux du sexe et du statut marital ou de la situation de famille[72]. Plutôt que de réclamer la reconnaissance du motif de l'orientation sexuelle comme motif analogue, certains militants et militantes ont cru préférable d'invoquer le motif du « sexe » pour éliminer la discrimination. Diana Majury résume bien les raisons de cette position :

> Le terme « orientation sexuelle » est, à mon avis, problématique à bien des points de vue. Il a été étroitement interprété par les tribunaux et la magistrature et, dans sa neutralité de genre, il affirme une norme gaie masculine à laquelle on présume que les lesbiennes vont ou doivent se conformer. L'expression « orientation sexuelle » ne traduit pas les réalités des lesbiennes ni les injustices qu'elles vivent. [...] Je m'efforce de trouver les instruments juridiques les plus efficaces pour confronter et réparer les injustices que nous vivons comme lesbiennes et qui nous permettront d'exprimer ces expériences avec intégrité *[traduction]* (Majury, 1994, p. 289, 296).

Le recours au motif du « sexe » était plus susceptible, d'une part, de confronter la construction du genre et du patriarcat et, d'autre part, d'éviter l'occultation des lesbiennes au profit des gais sous le vocable neutre de l'« orientation sexuelle » (Majury, 1994; FAEJ, 1993, p. 21). S'appuyant sur la recherche de Mary Eaton (1991), Majury (1994, p. 297) affirme que l'expression « orientation sexuelle », comme l'ont utilisée les tribunaux jusqu'aux années 1990, dérive de la perception stéréotypée des homosexuels comme prédateurs sexuels. Elle s'inquiète donc de l'usage répandu de cette expression en droit. L'association erronée entre homosexualité et agression sexuelle est l'une des nombreuses manifestations de l'homophobie. Or, ajoute Majury, même en se présentant eux-mêmes comme semblables aux hétérosexuels, les gais et les lesbiennes ne sont pas davantage acceptés. Ce rejet révèle l'importance accordée à la bicatégorisation de l'espèce humaine selon le genre dans un

système social fondé sur l'inégalité des sexes. Si les gais et les lesbiennes sont effectivement semblables aux personnes hétérosexuelles, ce n'est plus tant leur sexualité qui pose problème face à la norme, mais bien le fait que leur existence remet en question la différenciation selon le genre imposée par l'hétérosexualité. Voilà pourquoi il importe de considérer la discrimination à l'égard des lesbiennes comme fondée sur le sexe et le genre plutôt que sur la sexualité. Voici les arguments qu'avance Majury à cet égard :

> La différenciation des genres, fondée sur la subordination des femmes, est aussi indispensable à l'hétérosexisme qu'elle l'est au sexisme. Les injustices vécues par les lesbiennes sont fondées sur le sexe en ce qu'elles sont enracinées dans la définition fortement circonscrite des genres et des rôles sexuels, selon laquelle les femmes sont perçues uniquement par rapport aux hommes. Dès lors, les femmes qui se définissent et qui, ce faisant, se définissent sans tenir compte des hommes, sont dépossédées de leur sexe; elles sont considérées comme n'étant pas des femmes ou alors leur « sexe », c'est-à-dire leur lesbianisme, est nié. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de discrimination sexuelle sous sa forme la plus extrême *[traduction]* (1994, p. 311).

Le recours au motif du sexe a cependant été rapidement débouté par les tribunaux en 1992. Dans l'affaire *Vogel* c. *Manitoba*, la Cour a interprété le terme « sexe » de manière restrictive sous prétexte de respecter le refus du législateur de protéger les gais et les lesbiennes contre la discrimination[73]. À l'instar de la stratégie qui invoquait le motif du sexe, celle qui se réclamait de la protection accordée à la situation familiale, comme dans la cause *Mossop*, s'est aussi butée à l'hétérosexisme des tribunaux. Il importe toutefois de noter que, même si les plaignants n'ont pas obtenu gain de cause, les contestations fondées sur ces motifs ont révélé les préjugés et les stéréotypes. Ces constatations ont eu pour effet de rendre encore plus évidente la nécessité de l'inclusion du motif de l'orientation sexuelle dans les lois sur les droits de la personne.

Les contestations fondées sur le statut marital se sont produites à l'époque où un grand nombre de juridictions, y compris l'Ontario[74], avaient déjà inclus dans leurs lois l'orientation sexuelle au titre des motifs prohibés de discrimination. Elles ont permis d'exposer le fait que les lesbiennes et les gais n'étaient pas respectés, mais uniquement tolérés. Selon Lahey (1999a, p. 16), les tribunaux se limitaient à leur fournir une protection individuelle dans l'exercice d'activités telles que l'embauche et l'accès au logement. Ils continuaient toutefois de nier l'aspect relationnel des identités lesbiennes et gais[75].

1.4.5 Le malaise face à l'adhésion au modèle de la famille patriarcale

Le discours des droits en général et celui de la discrimination en particulier s'appuient sur la comparaison du sort d'un groupe à celui d'un autre qui constitue la norme. Ainsi, il y aura discrimination si l'on démontre que les couples de lesbiennes sont semblables aux couples hommes-femmes en tant que groupe normatif, mais qu'ils continuent à se voir nier les bénéfices de la loi. Ce paradigme libéral de l'égalité constitue le discours dominant des organismes de défense des droits des gais et des lesbiennes. Il sera vraisemblablement adopté

de plus en plus par les tribunaux, comme l'atteste la décision de la Cour suprême du Canada dans *M.* c. *H.* Or, le modèle libéral sur lequel se fonde la reconnaissance juridique des couples de gais et de lesbiennes a soulevé maints débats devant les tribunaux, ainsi que dans les revues juridiques et chez les groupes militants.

Dans l'article intitulé « Family Inside/Out », Brenda Cossman (1994) présente une excellente synthèse des malaises et des contradictions qui traversent la stratégie libérale de lutte pour la reconnaissance juridique des couples de gais et de lesbiennes. D'un côté, des lesbiennes et des gais réclament l'obtention des mêmes bénéfices et obligations que les couples hétérosexuels dans les lois et les politiques familiales. Elles et ils soutiennent que leur exclusion des lois, passée et présente, est discriminatoire et qu'elle constitue une violation du droit à l'égalité garanti dans la *Charte canadienne*. Leur argumentation s'appuie sur l'idée que les couples de même sexe sont semblables aux couples hétérosexuels. Comme ces derniers, les partenaires d'un couple gai ou lesbien partagent une relation amoureuse et intime, cohabitent, ont des biens en commun, sont engagés dans une union qui présente une certaine stabilité. Considérant leur similitude, les couples de même sexe devraient avoir droit au même respect et à la même protection de la loi (Andrews, 1989; Friedman, 1987-1988).

Certains ne craignent pas de dire qu'il s'agit d'une position assimilationniste tant dans les objectifs poursuivis que dans les arguments apportés. À leur avis, il est légitime de défendre cette stratégie car elle reflète le besoin essentiel des gais et des lesbiennes de voir leurs relations amoureuses reconnues socialement et publiquement. Selon Ann Robinson (1998, p. 26), indépendamment de ce que nous pouvons penser du mariage comme féministes, il n'en reste pas moins que des lesbiennes, pour des motifs financiers, affectifs ou symboliques, peuvent souhaiter donner un caractère public à leur union en contractant mariage.

D'autres, qui partagent aussi la perspective libérale, soutiennent au contraire que la reconnaissance pour les gais et les lesbiennes des mêmes statuts conjugaux que ceux accordés aux hétérosexuels, y compris le mariage, a un caractère fondamentalement subversif. Bien que leur position s'appuie également sur la prémisse de la similarité, les tenants de cette approche affirment que l'inclusion des couples de même sexe dans les notions de conjugalité, de mariage et de famille transformerait radicalement la nature même de ces institutions. Elle subvertirait en outre les rôles sexuels traditionnels et la bicatégorisation selon le genre à l'intérieur de ces institutions. S'inscrivant dans ce courant, Nan Hunter (1991, p. 25) soutient que la légalisation du mariage pour les lesbiennes et les gais « a un potentiel fascinant de dénaturalisation de la structure sexuelle du mariage pour les couples hétérosexuels [et] de déstabilisation de la signification culturelle du mariage *[traduction]* ». Elle ajoute, cependant, que la vigilance reste de mise quant au discours adopté dans cette lutte :

> La signification sociale de la légalisation des mariages de lesbiennes et de gais, par exemple, serait énormément différente selon que cette légalisation découlerait d'efforts politiques visant à mettre un terme à la division sexuelle des rôles entre conjoints plutôt que d'être le résultat d'une campagne de valorisation de l'institution matrimoniale, même si le « gain » ultime demeure le même *[traduction]* (Hunter, 1991, p. 27).

Par ailleurs, des lesbiennes et des gais prétendent que la perspective libérale d'inclusion des couples de même sexe dans les lois et le droit de la famille ne contribue qu'à accroître la légitimité du modèle hétérosexuel en s'y assimilant. L'adhésion au modèle hétéropatriarcal — même de manière transitoire, dans la logique étapiste — risque, selon Gavigan (1993), de confirmer l'hégémonie de ce modèle intrinsèquement inégalitaire, puisqu'il repose sur la domination des femmes par les hommes. Selon ce courant, les relations entre femmes et entre hommes sont différentes des relations hétérosexuelles. L'inclusion de ces relations dans le droit de la famille aurait pour effet d'en miner le potentiel subversif. La différence ne réside pas tant dans les caractéristiques des partenaires des couples gais et lesbiens, par exemple leurs attentes, leur degré de soutien ou d'engagement et la stabilité de leur union. Elle concerne plutôt la relation sociale à travers laquelle le couple est constitué. En effet, des études attestent que les relations de couple chez les lesbiennes et les gais sont fondées sur une absence de division sexuelle et hiérarchique des rôles et des tâches. Bien qu'il existe encore peu d'études comparatives en ce domaine, il y a une certaine logique sociale derrière ce constat, comme l'affirment Leonard (1990) et, plus récemment, Demczuk :

> Non pas que les lesbiennes soient meilleures que les autres, mais parce que les femmes ne sont pas socialisées à se sentir supérieures, à être sexistes ou encore violentes, parce que les femmes en général n'ont pas de privilèges économiques tel qu'un salaire plus élevé en raison de leur sexe, ou un droit coutumier à des services domestiques, parce que les relations entre femmes ne sont pas régies par une division sexuelle du travail ni par un ensemble de dispositions juridiques, les relations amoureuses entre lesbiennes ont une meilleure chance d'être des relations de partage et de compréhension mutuelle entre égales (Demczuk, 1996, p. 4).

Cette affirmation rejoint les études psychosociales ou cliniques qui se sont intéressées à la conjugalité des lesbiennes et des gais. En effet, dans une étude désormais célèbre, Bell et Weinberg (1980) ont observé un plus grand engagement chez les couples de lesbiennes que chez les couples gais et l'absence de reproduction des rôles sexuels chez les couples de même sexe. Dans une enquête auprès d'un échantillon de 1 000 lesbiennes québécoises, Bertrand (1984) écrit que la majorité ont affirmé ne pas avoir de rôles sexuels ni de tâches précises dans leurs couples. Elles disaient aussi bénéficier d'une répartition juste et équitable du travail domestique. O'Brien et Weir (1995) ont démontré dans une étude comparative que les relations conjugales des lesbiennes et des gais sont plus égalitaires que les relations entre hommes et femmes, notamment sur le plan du processus décisionnel. Dans une autre étude comparative, Peplau (1991) a montré que les couples de sexe opposé ou de même sexe présentent des similarités par rapport à la plupart des dimensions de la vie conjugale (engagement, stabilité, etc.) à l'exception de quelques-unes. Elle signale notamment le fait que les couples de lesbiennes et de gais adhèrent plus que les couples hommes-femmes à une éthique de l'égalité. Par ailleurs, Julien et Chartrand (1997, p. 76) soutiennent, dans une étude synthèse, que les variables associées à la satisfaction conjugale sont similaires d'une orientation sexuelle à l'autre.

Le plus grand degré d'équité entre les partenaires d'une union gaie ou lesbienne s'explique en partie par le fait qu'ils et elles négocient généralement une division des tâches fondée sur les préférences, les habiletés et les capacités, contrairement aux relations hétérosexuelles où les rôles sexuels sont un facteur déterminant (O'Brien et Weir, 1995). La plus grande égalité dans les relations conjugales entre personnes de même sexe s'explique aussi par d'autres facteurs : ces couples sont moins souvent parents; dans presque tous les cas, les deux partenaires gagnent un revenu d'emploi et les gais et les lesbiennes sont souvent caractérisés par un haut degré d'autonomie matérielle (O'Brien et Weir, 1995; Bertrand, 1984).

En somme, les réserves émises entre autres par des auteures lesbiennes féministes sont liées à leur analyse des dispositions du droit de la famille. Elles s'inquiètent en particulier des difficultés à surmonter pour que le droit et les politiques familiales reflètent le modèle de relations égalitaires des lesbiennes et des gais. Ruthmann Robson (1992) soutient à ce propos que les institutions hétérosexuelles (notamment, le droit de la famille privé et public) risquent davantage de coloniser la conjugalité des lesbiennes et de contraindre ces dernières à modeler leur vie sur celle des couples hétérosexuels. Pour sa part, Didi Herman (1990) se demande si, en s'appropriant l'idéologie familiale, les lesbiennes et les gais ne risquent pas d'accorder leur soutien aux structures institutionnelles qui créent et perpétuent l'oppression des femmes. C'est sur la base de cette réflexion que Louise Turcotte (1998, p. 391) et, plus généralement, les tenantes du courant du lesbianisme radical au Québec affirment que « la reconnaissance des conjoints de même sexe n'est l'écho d'aucun changement social véritable ».

Barbara Findlay (1997) constate pour sa part que les lesbiennes tendent à être plus critiques de la stratégie du droit au mariage, alors que les gais seraient plus en faveur de réclamer ce droit. Elle considère que réclamer le droit au mariage revient, à certains égards, à réclamer l'intervention de l'État par l'intermédiaire d'un contrat qui réglemente divers aspects matériels d'une relation intime entre deux personnes. Si cette stratégie réussit, les lesbiennes risquent de se retrouver aux prises avec des lois faites pour et dans l'intérêt des hommes hétérosexuels. Findlay soutient que les lesbiennes devraient plutôt chercher d'autres voies juridiques susceptibles de respecter leurs propres modèles de vie conjugale.

Finalement, d'autres auteurs sont préoccupés du fait que les lois qui attribuent le statut de « conjoint » ou de « famille » devraient le faire en reconnaissant la diversité des relations intimes et en les considérant de façon équitable entre elles (Ryder, 1993). Dans une étude menée auprès de lesbiennes de trois provinces canadiennes, le FAEJ (1993) s'inquiète de ce que la reconnaissance juridique ne soit accessible qu'aux couples de lesbiennes correspondant aux critères de définition de la notion de « conjoint », c'est-à-dire ceux où les partenaires cohabitent depuis un certain temps et partagent une relation intime stable et monogame. Cette définition exclut les autres types de relations intimes qui ne cadrent pas nécessairement avec ce portrait. Mentionnons ainsi les relations où les conjointes ne cohabitent pas par crainte d'ostracisme ou pour des raisons liées à l'emploi ou à l'autonomie des partenaires, ou encore les relations qui ne sont pas nécessairement fondées sur la monogamie sexuelle (FAEJ, 1993).

Ceci étant dit, on ne peut passer sous silence que certains couples de gais et de lesbiennes, quoique minoritaires, vivent une relation inégalitaire du point de vue du pouvoir ou du partage des richesses. D'autres encore ont fondé une famille sans que la partie la plus vulnérable du couple puisse bénéficier de la protection que peut procurer le droit de la famille. Or, l'idéal égalitaire peut-il justifier de laisser sans recours ces lesbiennes et ces gais plus vulnérables, comme le fait remarquer Lahey (1999a, p. 260-261)? De plus, l'intervention actuelle de l'État en matière de conjugalité laisse aux partenaires lesbiennes la possibilité d'adopter des modèles plus égalitaires. Elles peuvent confirmer ces modèles en concluant un contrat explicitant les attentes de chacune des parties au cours de la relation et au moment de la dissolution de la relation. Il faut toutefois déplorer le caractère individuel de cette dernière solution et l'absence de réflexion et d'actions gouvernementales qui pourraient soutenir les efforts de celles et de ceux qui cherchent à établir des rapports d'égalité et de solidarité. Pareille réflexion s'impose non seulement en raison de l'intégration récente des couples de même sexe dans le régime familial, mais aussi en raison de l'anachronisme du régime lui-même. Ce régime ne tient en effet pas compte de nombreux changements sociaux, y compris l'érosion du modèle ménagère-pourvoyeur, la participation accrue des femmes au marché du travail ainsi que les liens de plus en plus complexes et diversifiés entre conjugalité et parentalité.

1.5 Conclusion

L'histoire de la lutte pour affirmer les droits fondamentaux des lesbiennes et des gais révèle une résistance gouvernementale et judiciaire qui n'est pas unique. Pensons entre autres aux luttes contre le racisme ou le sexisme, pour ne nommer que celles-là. Toutefois, la clandestinité adoptée pour se protéger contre la discrimination a eu un impact qui se fait toujours sentir et qui nuit notamment à la capacité de rassembler les lesbiennes et les gais dans des mouvements sociaux qui puissent mener les débats et les consultations nécessaires à l'élaboration de revendications correspondant aux véritables besoins et aspirations des communautés gaies et lesbiennes.

Sur les plans théorique et juridique, les critiques féministes du droit de la famille ont été pour la plupart marginalisées au moment où le débat sur la reconnaissance juridique des couples de même sexe sortait des rangs des mouvements gais et lesbiens pour se transporter dans l'arène publique. Les gais et les lesbiennes qui présentaient des positions différentes face au modèle libéral d'égalité formelle se sont autocensurés, du moins en Ontario, devant la vague de contestations judiciaires et la médiatisation des débats qui rendaient l'opinion publique davantage favorable (Herman, 1994). Au Canada comme au Québec, les lesbiennes ont assez peu investi les regroupements politiques voués à la défense de leurs droits et, lorsqu'elles l'ont fait, elles ont la plupart du temps occupé une place minoritaire (Smith, 1999; Demczuk, 1998, p. 11; Demczuk et Remiggi, 1998).

Durant les années 1980, la montée de la stratégie étapiste et de la judiciarisation, ainsi que l'occultation des perspectives plus radicales, ont contribué à la domination du discours libéral de l'égalité des droits pour les gais et lesbiennes, un discours dirigé par des juristes dont les

intérêts rejoignent ceux de la classe moyenne, blanche et masculine (Smith, 1999, p. 104). Brenda Cossman décrit admirablement le défi que pose une compréhension plus complexe des droits des lesbiennes et des gais :

> Si nous envisageons les droits comme des conversations, nous devons alors songer à la structure conceptuelle qui anime ces conversations. Si nous envisageons les droits comme une forme de discours politique, nous devons alors songer aux incidences de ce discours sur notre politique. Si nous envisageons les droits comme un moyen de mobilisation aux fins d'action politique, nous devons alors analyser le mouvement social qui légitimise les stratégies d'affirmation des droits. Si nous considérons les droits comme complexes et contradictoires, nous devons alors pouvoir envisager en même temps tous ces aspects des droits, et bien d'autres encore. Nous devons reconnaître ces contradictions alors que nous nous efforçons de rendre les stratégies d'affirmation des droits plus redevables à l'endroit de courants sociaux féministes plus vastes *[traduction]* (Cossman, 1990, p. 223).

Ce défi demeure actuel puisque, comme nous le verrons au prochain chapitre, on ne saurait affirmer que les couples de lesbiennes et leurs enfants sont traités comme des citoyennes à part entière dans le droit canadien.

Notes du chapitre 1

[1] Cet argument est présenté notamment dans le *Wolfenden Report* qui recommandait la décriminalisation des « actes homosexuels » en privé entre adultes consentants. Commandé par le Parlement britannique et remis à celui-ci en 1957, il est à l'origine de la polémique Hart/Devlin sur la relation entre le droit et la moralité. Bien que la plupart des étudiants et étudiantes de la philosophie du droit prennent connaissance de cette polémique, il est ironique de constater qu'un grand nombre ignorent l'existence du rapport. Les plus cyniques pourraient y voir une autre occultation des gais et des lesbiennes. Pour plus de détails sur le rapport Wolfenden et la polémique Hart/Devlin, voir Gary Kinsman, 1987, p. 139-144; Kathleen A. Lahey, 1999a, p. 6-7.

[2] Cette réforme du *Code criminel* s'inscrivait dans un contexte politique particulier. Afin d'obtenir l'appui de divers groupes sociaux pour son projet d'expansion de l'État-providence, Pierre Elliot Trudeau avait promis une « société juste » dont l'une des pierres angulaires était la libéralisation des normes morales et sexuelles (Kinsman, 1987, p. 165; Waugh, 1998, p. 76). Les revendications en faveur de cette libéralisation se faisaient de plus en plus fortes et concernaient non seulement l'homosexualité, mais aussi l'avortement, la contraception, les jeux de hasard et le contrôle des armes à feu. Voir à cet effet le projet de loi C-150 adopté le 14 mai 1969.

[3] Kinsman fait état des débats parlementaires concernant la cause d'Everett Klippert, un gai condamné à la prison pour avoir eu des rapports homosexuels en privé avec des adultes consentants. Il fut aussi déclaré criminel dangereux sur la foi des avis de psychiatres selon lesquels Klippert ne manifestait aucun remords quant à son orientation sexuelle. *R.* c.

Klippert [1967] R.C.S. 882. Selon le ministre de la Justice, la disposition de grossière indécence s'appliquait aussi, depuis 1953, aux actes sexuels entre femmes, contrairement à la situation en Angleterre.

[4] En effet, la limite de 21 ans constitue une exception à la norme, puisque la « majorité pénale » était fixée à 18 ans et l'âge du consentement, à 14. Voir à ce propos, Marie-Andrée Bertrand (1988).

[5] *Roncarelli* c. *Duplessis* [1959] R.C.S. 121. Dans cette affaire, le premier ministre du Québec, Maurice Duplessis, avait révoqué le permis de vente d'alcool du restaurant de Roncarelli parce que ce dernier avait cautionné des témoins de Jéhovah accusés d'avoir distribué des pamphlets contrairement au règlement municipal. Selon l'avis de la Cour suprême du Canada, même si l'octroi des permis relève du pouvoir discrétionnaire de la régie, ce pouvoir doit être exercé de bonne foi et non de manière arbitraire. La discrimination, en l'occurrence fondée sur les croyances religieuses, constitue un exercice indu de la discrétion.

[6] *Insurance Corporation of British Columbia* c. *Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145.

[7] *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi sur le Canada, 1982*, ch. II (R. U.).

[8] *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c.14.

[9] L. R. Q. c. C-12.

[10] *Equality Rights Statute Law Amendment Act*, 1986, L.O. c. 64, par. 18(5).

[11] *Vriend* c. *Alberta* [1998] 1 R.C.S. 493.

[12] Les provinces et le gouvernement fédéral ont inclus cet interdit de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans leurs codes ou lois sur les droits de la personne dans l'ordre chronologique suivant : Québec, 1977; Ontario, 1986; Manitoba, 1987; Yukon, 1987; Nouvelle-Écosse, 1991; Nouveau-Brunswick, 1992; Saskatchewan, 1993; Terre-Neuve, 1995; gouvernement fédéral, 1996; Alberta et Île-du-Prince-Édouard, 1998 (à la suite de l'affaire *Vriend*, 1998, c-92, sec. 1). Au moment de la rédaction du rapport, le motif n'était pas encore prévu explicitement dans la loi albertaine.

[13] Ce fut le cas notamment en Nouvelle-Écosse (Elliott, 1990).

[14] Ce fut le cas, notamment, à l'échelon fédéral. En effet, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'a été modifiée qu'en 1996 alors que, déjà en 1992, dans l'affaire *Haig* c. *Canada* (1992) 9 O.R. (3e) 495, la Cour d'appel de l'Ontario y avait incorporé par renvoi le motif de l'orientation sexuelle. En conséquence, les actes de l'administration et des

entreprises sous juridiction fédérale étaient liés en pratique, d'autant plus que le gouvernement fédéral avait décidé de ne pas faire appel.

[15] *Vriend, op. cit.*, par. 4. Soulignons que la Commission des droits de la personne de l'Alberta avait même décidé d'enquêter sur les plaintes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en 1992, sans réussir à faire fléchir le gouvernement provincial.

[16] *Ibid.*, par. 101-103.

[17] *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*, 1996, L.C., c.-14. Soulignons que cette loi s'applique seulement aux agences gouvernementales fédérales et aux entreprises sous juridiction fédérale telles que les banques, les entreprises de transport et de communication interprovinciales.

[18] *Haig* c. *Canada* (1992) 9 O.R. (3e) 495 (C. A. Ont.). Dans cette affaire, la prestigieuse Cour d'appel de l'Ontario affirme que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, en dépit de son omission du motif de l'orientation sexuelle, doit être interprétée comme si ce motif y figurait. Le gouvernement fédéral a décidé de ne pas en appeler de cette déclaration judiciaire sans toutefois modifier la *Loi canadienne sur les droits de la personne* forçant ainsi les gais et les lesbiennes à recourir aux tribunaux plutôt qu'au processus plus accessible de plaintes auprès de la Commission des droits de la personne. Pour plus de détails sur cette affaire, voir l'annexe 1.

[19] En 1998, dans l'affaire *Rosenberg* c. *Canada (Proc. gén.)* (1998) 38 O.R. (3e) 577 (C.A.), le procureur général du Canada concédait à la suite de l'affaire *Egan* que le paragraphe 252(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* S.R.C. 1985, c. 1 (5e Supp.) violait l'article 15 de la *Charte canadienne*. Ce paragraphe conférait une exemption fiscale aux régimes de retraite qui respectent certains critères. Or, seuls les régimes qui limitaient aux hétérosexuels les bénéfices associés au statut de conjoint y étaient reconnus. Le procureur général du Canada prétendait toutefois que cette violation était justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne*. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté cette prétention. Le projet de loi fédéral C-23, maintenant L.C. 2000 ch. 12 *Loi sur la modernisation de certains avantages et obligations*, dont la majorité des articles sont entrés en vigueur le 31 juillet 2000 a, par son art. 141(2), abrogé l'article 252(4) et a éliminé la distinction discriminatoire.

[20] *Charte canadienne des droits et libertés, op. cit.*

[21] *Andrews* c. *Law Society of British Columbia* [1989] 1 R.C.S. 143.

[22] *Ibid.*, p. 152-153.

[23] *Egan* c. *Canada* [1995] 2 R.C.S. 513.

[24] *Commission ontarienne des droits de la personne* c. *Simpsons Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 549.

[25] L'approche de l'égalité formelle, ou aristotélicienne, est souvent formulée en ces termes : les personnes qui se trouvent dans une situation identique doivent être traitées de façon identique et, inversement, les personnes qui se trouvent dans des situations différentes doivent être traitées différemment. Livre V de l'*Éthique de Nicomaque* d'Aristote.

[26] Il faut toutefois reconnaître, comme l'a fait la Cour suprême du Canada en 1999, que la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est factice. « La distinction entre une norme qui est discriminatoire à première vue et une norme neutre qui a un effet discriminatoire est difficile à justifier pour la simple raison que peu de cas peuvent être aussi clairement identifiés. Par exemple, une règle qui oblige tous les travailleurs à se présenter au travail le vendredi sous peine de congédiement peut être qualifiée de façon plausible soit de règle directement discriminatoire (parce qu'elle signifie qu'aucun travailleur dont les croyances religieuses l'empêchent de travailler le vendredi ne peut être employé à cet endroit), soit de règle neutre qui n'a un effet préjudiciable que sur quelques personnes (ces mêmes travailleurs dont les croyances religieuses les empêchent de travailler le vendredi). Suivant le même raisonnement, on pourrait soutenir de façon plausible que forcer des employées à subir un test de grossesse obligatoire avant leur entrée en fonction est une règle neutre parce qu'elle s'applique, à première vue, à tous les membres d'un personnel et que ses effets particuliers sur les femmes ne sont qu'accessoires. » *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)* c. *BCGSEU* [1999] S. C. J. n° 46 (Q.L.).

[27] À titre d'exemple, même si les fouilles par palpation effectuée par un homme sur la personne d'une femme détenue sont interdites en raison du contexte de chacun de ces groupes de sexe, il ne s'ensuit pas que la fouille sur un homme effectuée par une femme doit être interdite. *Weatherall* c. *Canada (Procureur général)* [1993] 2 R.C.S. 872.

[28] Linden, dissident dans *Egan* c. *Canada* [1993] 3 C.F. 401, à la p. 441 (C.A.F.), tel que cité dans *Canada (Procureur général)* c. *Moore* [1998] A.C.F. n° 1128 au par. 64.

[29] *Moore, ibid.*, par. 68.

[30] *Ibid.*, par. 69.

[31] *Egan, op. cit.*

[32] Quatre juges (Gonthier, Lamer, Laforest et Major) ont jugé que l'article 15 n'avait pas été violé, alors que cinq juges (Sopinka, L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin et Iacobucci) étaient d'avis contraire. Parmi ces derniers, seul le juge Sopinka a conclu qu'en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, le gouvernement fédéral était justifié de discriminer contre les gais et les lesbiennes.

[33] Le juge affirme : « [P]uisque l'assimilation des couples de même sexe aux conjoints hétérosexuels, mariés ou en union de fait, est encore perçue en général comme un concept

nouveau, je ne suis pas prêt à dire que, par son inaction jusqu'ici, le gouvernement s'est privé du droit d'invoquer l'article premier de la Charte ». *Ibid.*, par. 111.

[34] *Ibid.*, par. 100.

[35] *Anderson* c. *Luoma* [1986] B.C.J. N° 3000 (C.S.C.-B.). « L'autre prémisse de M. Fraser est que si la loi exclut son interprétation de beau-père ou de beau-parent de façon à inclure l'intimé, elle devrait dès lors être invalidée parce qu'elle viole l'article 15 de la *Charte des lois et libertés, Loi constitutionnelle de 1982.* La réponse se trouve à l'article premier de la *Charte* » *[traduction].*

[36] *Andrews* c. *Ontario (ministre de la Santé),* (1988) 64 O.R.(2e) 258 (C.sup. Ont.).

[37] *Andrews* c. *Law Society of British Columbia, op. cit.*

[38] *Veysey* c. *Canada (Services correctionnels)*, (1989) 29 F.T.R. 74 (C.F. div. procès).

[39] *Veysey* c. *Canada* (*Services correctionnels*) (1990), 109 N.R. 300 (C.F.A). Quoique la Cour fédérale d'appel ait maintenu la décision de la division des procès, elle n'a pas confirmé l'analyse de l'article 15 de la *Charte canadienne,* mais s'est plutôt rabattue sur les règles ordinaires d'interprétation législative.

[40] *Mossop* c. *Canada* (1989), 10 C.H.R.R. D/6064.

[41] Selon le juriste Bruce Ryder (1990), ces résultats sont caractérisés par la dichotomie compassion/condamnation dans laquelle s'affrontent, d'une part, l'appui majoritaire à un interdit de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les domaines de l'emploi, du logement et des services et, d'autre part, une volonté de maintenir une hiérarchie privilégiant les rapports intimes entre personnes de sexe opposé. Selon un sondage Gallup de 1985, 70 p. 100 de la population canadienne appuyait l'inscription d'un interdit de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (cité à la note 17 de Ryder).

[42] *Layland* c. *Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 14 O.R.(3e) 658 (Div. gén.). Voir l'annexe 1 pour plus d'informations sur cette cause.

[43] *Vogel* c. *Manitoba,* 16 C.H.R.R. D/242 (1992) (C.B.R. Man.). Voir l'annexe 1 pour plus d'informations sur cette cause.

[44] *Mossop* c. *Canada* [1991] 1 C.F. 18 (C.F.A.)

[45] *Nielsen* c. *Canada* [1992] F.C.J. N° 227 (C.F. div. procès). Voir l'annexe 1 pour plus d'informations sur cette cause.

[46] Le gouvernement fédéral n'a pas fait appel de cette décision et ce, même s'il n'avait pas modifié la *Loi de l'impôt sur le revenu.* Le ministère du Revenu a fermé les yeux lorsque bon nombre de régimes d'assurance ont élargi leur définition de « conjoint » afin d'y inclure les conjoints de même sexe, un constat qui est partagé par le ministre des Finances du Nouveau-

Brunswick. Ainsi, après avoir annoncé que les régimes d'assurance-vie et d'assurance-maladie des fonctionnaires provinciaux étaient étendus aux couples de même sexe, le ministre des Finances du Nouveau-Brunswick informait l'assemblée législative que le ministère fédéral du Revenu ne faisait plus observer son règlement. Voir à ce propos, « Decision Won't Cost Public Service : Maher », *Times and Transcript*, Moncton, 5 mai 1993. En Ontario, toutefois, on ne l'entendait pas de la sorte. Afin de se plier à la fois aux règles du ministère du Revenu et aux prescriptions de la décision *Leshner,* les administrateurs du Régime de retraite des fonctionnaires syndiqués de la province ont créé un régime distinct pour les couples de même sexe. En décembre 1998, les fiduciaires du Régime demandent à la Cour des directives, puisqu'ils désirent fusionner les régimes et que l'employeur ne collabore pas. La Cour ordonne le fusionnement (*Ontario Public Service Employees Union Pension Plan Trust Fund (Trustees of)* c. *Ontario* [1998] O.J. N° 5075). Cependant, la saga ne s'arrête pas là. En effet, en janvier 1999, le gouvernement ontarien (après l'adoption de la *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.)* annonce qu'il fait appel. On pourra consulter à ce propos le communiqué d'ÉGALE, 12 janvier 1999 <www.egale.ca/pressrel/990112.htm>, consulté le 6 septembre 2000.

[47] *Haig* c. *Canada* (1992) 9 O.R. (3e) 495.

[48] *Canada (Procureur général)* c. *Mossop* [1993] 1 R.C.S. 554, p. 580.

[49] *Egan, op. cit.*

[50] *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9.

[51] *Egan, op. cit.*, par. 98.

[52] *Ibid.*, par. 99.

[53] *Vriend* c. *Alberta* [1998] 1 R.C.S. 493.

[54] *Ibid.*, par. 4.

[55] *Egan, op. cit.*, par. 108.

[56] *Vriend, op. cit.*, par. 122.

[57] *M.* c. *H.* [1999] 2 R.C.S. 3.

[58] *Ibid.*, par. 147.

[59] La *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.* (projet de loi 5) a reçu l'assentiment royal le 29 octobre 1999. Voir la critique de cette loi aux chapitres 2 et 5.

[60] « Cette loi ne relève clairement pas de notre programme, a déclaré le procureur général. Nous avons présenté ce projet de loi uniquement à cause de la décision rendue par le Cour suprême du Canada. Autrement, nous ne l'aurions pas fait. Le projet de loi que nous proposons est conforme avec la décision rendue tout en affirmant les valeurs traditionnelles de la famille par la protection de la définition de conjoint selon la loi ontarienne, a-t-il remarqué *[traduction]*. » Communiqué, *Ontario protects traditional definition of spouse in legislation necessary because of Supreme Court of Canada decision in M. v. H.*, Toronto, 25 octobre 1999, site Web du ministère du Procureur général : <www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/legis.htm>, <www.newswire.ca/government/ontario/english/releases/october1999/25/c7058.html>, consulté le 3 mars 2001.

[61] *Ontario's "separate and unequal" regime to be challenged in Supreme Court of Canada*, communiqué d'ÉGALE, 25 novembre 1999 <http://www.egale.ca/pressrel/991125.htm>, consulté le 6 septembre 2000.

[62] *M.* c. *H., op. cit.*, par. 147.

[63] *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c.14 (adoptée le 10 juin 1999, entrée en vigueur le 16 juin 1999).

[64] Pour un aperçu des critiques de ces détracteurs, on pourra consulter l'ouvrage de Miriam Smith, 1999, p. 16-21.

[65] Mentionnons, parmi les analyses de la gauche, celle de Mandel (1989). Comme illustration de cet argument repris par la droite, mentionnons la réponse du chef du Parti réformiste du Canada (Reform Party : Preston Manning, réponse du chef de l'opposition au discours du Trône, *Hansard*, 13 octobre 1999, 36^{e} législature, 2^{e} session, rubrique 1600).

[66] Le projet de loi a été déposé le 5 mai 1999 et adopté le 10 juin 1999.

[67] Un sondage SOM révélait en 1993 que 73 p. 100 des Québécois et Québécoises étaient en faveur de l'égalité entre les conjoints homosexuels et hétérosexuels en ce qui concerne les assurances, les fonds de retraite et les avantages prévus aux conventions collectives. Voir Pierre Gingras, 1993. Depuis, les appuis n'ont guère diminué dans l'opinion publique. Ainsi, en 1998, un sondage Angus Reid montrait que 76 p. 100 des Québécois et Québécoises étaient d'avis que tous, quelle que soit leur orientation sexuelle, devraient être égaux devant la loi. Plus de sept personnes sur 10 se disaient en faveur de l'égalité entre les conjoints de même sexe et de sexe opposé relativement à des avantages financiers tels que les assurances (78 p. 100), la retraite (77 p. 100), la fiscalité (73 p. 100) ou l'héritage sans testament (81 p. 100).

[68] Par exemple, dans l'affaire *Vriend, op. cit.*, sont intervenus les groupes suivants afin de défendre l'inclusion du motif de l'orientation sexuelle : l'Alberta Civil Liberties Association, ÉGALE, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ), la Foundation for Equal Families, la Commission canadienne des droits de la personne, le Congrès du

travail du Canada, l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta, l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP), la Société canadienne du SIDA, l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada et le Congrès juif canadien.

[69] En effet, l'adoption de la *Loi 32* fut le fruit du travail d'une vaste coalition d'organismes communautaires et syndicaux. La Coalition pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe est formée de 14 groupes : l'Alliance des professeures et professeurs de Montréal, la CEDEC Centre-Sud et Plateau Mont-Royal, la Centrale de l'enseignement du Québec (CEQ), la Condédération des syndicats nationaux (CSN), le Conseil central du Montréal métropolitain (CSN), le Conseil des travailleurs et travailleuses du Montréal métropolitain (FTQ), la Fédération des femmes du Québec (FFQ), la Fédération du personnel de soutien (CEQ), le Forum des gais et lesbiennes syndiqués du Québec, la Ligue des droits et libertés, la Table de concertation des lesbiennes et des gais du Grand Montréal, le Réseau des lesbiennes du Québec (RLQ), le Syndicat canadien de la fonction publique (section Québec), le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes (section Québec).

[70] Dans *Egan, op. cit.*, par. 108 : « Le procureur général du Canada fait valoir dans son mémoire que *[traduction]* « les mesures choisies ne doivent pas nécessairement constituer une solution immuable. Il doit plutôt toujours y avoir une possibilité d'adopter des modalités plus acceptables avec le temps ». Vue sous cet angle, la disposition législative attaquée marque une étape importante vers l'intégration progressive de tous ceux qui sont jugés avoir un besoin impérieux d'aide financière, découlant de la retraite ou du décès du conjoint soutien de la famille. Elle a donc un lien rationnel avec l'objectif [...] » et n'est par conséquent pas inconstitutionnelle (soulignement des auteures).

[71] À commencer par la cause *Anderson* c. *Luoma* (1986) 50 R.F.L. (2e) 126 (C.S.C.-B.)

[72] Les expressions « statut marital », « situation de famille » et « état marital » sont ici employées de manière interchangeable, même si une certaine jurisprudence les distingue parfois.

[73] La Cour du Banc de la Reine du Manitoba rejetait l'argument de Vogel et North qui invoquaient que c'est parce que North est un homme et non une femme que Vogel, son conjoint, ne peut bénéficier des avantages sociaux liés à l'emploi de North. La Cour affirmait : « le motif de discrimination interdit ne crée pas, à mon avis, un troisième sexe [...] *[traduction]* ». *Vogel* c. *Manitoba*, 16 C.H.R.R. D/242 (1992) (C.B.R. Man.). Voir aussi, *Gay Alliance Toward Equality* v. *Vancouver Sun* [1979] 2 R.C.S. 435.

[74] *Equality Rights Statute Law Amendment Act, op. cit.*

[75] L'aspect relationnel n'a été reconnu par la Cour suprême du Canada qu'en 1995 dans *Egan* : « l'orientation sexuelle est un motif analogue dans le contexte de la discrimination contre les homosexuels tant à titre individuel que comme couples » (soulignement des auteures), *op. cit*, par. 177.

2 : LES COUPLES LESBIENS ET LE DROIT FAMILIAL PRIVÉ

Dans ce chapitre, nous faisons un survol de l'état du droit familial privé en regard de la reconnaissance des couples de lesbiennes. Nous limitons notre examen à l'encadrement juridique des droits et des obligations économiques privés entre les conjoints, d'une part, et à l'endroit de leurs enfants, d'autre part. Faute d'espace, nous n'abordons pas les questions qui, sans relever directement du droit familial, sont influencées par la reconnaissance juridique de la conjugalité (par exemple l'admissibilité à des régimes privés d'assurance automobile ou le parrainage du conjoint ou de la conjointe pour l'immigration).

La distinction entre le droit privé et le droit public (traité au chapitre suivant) s'avère problématique, car elle sous-entend que le droit est absent des rapports privés alors que ces derniers sont largement légiférés par l'État. Cette distinction oblitère aussi le fait que la reconnaissance de certains rapports privés a des incidences fiscales et qu'elle détermine l'admissibilité à des régimes de prestations sociales et à des avantages liés à l'emploi.

Les réformes à la pièce qui caractérisent l'évolution du droit de la famille au cours des 50 dernières années ont produit un régime incohérent. Ce régime impose aux membres de certaines unités familiales des fardeaux plus lourds et attribue à d'autres des privilèges dont la logique ne résiste plus à l'analyse tant du point de vue de l'égalité que des fondements moraux et économiques. Ainsi, pour les personnes mariées, (ci-après, les époux), la solidarité économique est imposée par les lois sur les biens matrimoniaux et de la famille ou par le *Code civil du Québec*, ce qui peut justifier la prise en compte des avoirs familiaux aux fins des prestations d'aide au revenu. Il en va autrement pour les couples non mariés (ci-après, les conjoints) pour qui cette solidarité est présumée aux fins du régime public, mais qui ne reçoit aucune sanction dans le régime privé de droit matrimonial. Ainsi, contrairement à l'épouse, la conjointe de fait, devant le refus de l'aide étatique, ne pourra pas juridiquement compter sur le soutien économique de son conjoint. Ce n'est pas seulement en raison de l'imbrication de nombreux régimes publics et privés que la politique familiale canadienne est incohérente. Comme nous le verrons maintenant, l'asymétrie se manifeste aussi à l'intérieur d'une même loi.

2.1 Le mariage

Dans toutes les provinces canadiennes, le mariage reconnu par l'État demeure hors de la portée des lesbiennes. Bien que les tribunaux et certains législateurs soient prêts à concéder que les relations des couples lesbiens et gais sont analogues à celles des couples hétérosexuels, le mariage leur demeure toujours interdit.

2.1.1 L'accès au mariage

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral possède la compétence exclusive sur le mariage[1] alors que les provinces ont une compétence exclusive sur la célébration du mariage[2]. Selon les constitutionnalistes Chevrette et Marx (1982), ce curieux partage d'un même sujet entre le fédéral et les provinces s'expliquerait par le fait qu'à

l'époque de la confédération, on avait jugé nécessaire de conférer le pouvoir en matière de mariage à l'échelon fédéral afin d'assurer l'uniformité et la reconnaissance des mariages contractés ailleurs. Parce que le Bas-Canada craignait que le gouvernement fédéral utilise son pouvoir pour légaliser le mariage civil et légiférer à l'encontre des usages provinciaux, le pouvoir sur la célébration du mariage a été conféré aux provinces (Chevrette et Marx, 1982, p. 656-657). Or, le gouvernement fédéral est peu intervenu sauf pour adopter, en 1968, une loi sur le divorce et pour définir les liens de consanguinité et de filiation qui constituent des empêchements au mariage[3]. En dépit de son absence d'intervention, il n'a toutefois pas perdu son pouvoir de légiférer en la matière.

La distinction entre le mariage et sa célébration correspond à la distinction entre formalités et capacité. Les provinces sont autorisées à réglementer les formalités (p. ex., qualifications du célébrant, publication des bans, examen médical) et le gouvernement fédéral a un pouvoir exclusif de réglementer les questions liées à la capacité de contracter mariage[4]. Bien que la distinction entre formalité et capacité ne soit pas toujours évidente et, que certaines décisions judiciaires portant sur l'âge minimum des contractants ont eu tendance à confondre formalité et capacité (Hogg, 1985, p. 535-536; Katz, 1975, Chevrette et Marx, 658), il appert que l'identité des parties contractantes relève de la capacité plutôt que des formalités. Par conséquent, une loi fédérale établissant que le mariage est disponible sans distinction de sexe ou de l'orientation sexuelle des contractants serait constitutionnellement de son ressort. Une intervention du gouvernement fédéral serait conforme à l'esprit de la constitution de 1867 afin d'assurer l'uniformité et la reconnaissance des mariages célébrés ailleurs. Pensons, par exemple, au problème posé par un couple de lesbiennes qui se séparent ou divorcent alors qu'elles sont domiciliées dans une province où le mariage des lesbiennes n'est pas possible, mais qui se sont mariées dans une province ou dans un pays qui admet ce mariage.

Au Québec, le mariage est prévu dans le *Code civil*. L'article 365 du *Code* prévoit expressément que le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme et une femme. En 1998, MM. Hendricks et LeBoeuf ont engagé une contestation judiciaire[5] alléguant que cet article contrevenait à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[6] et était *ultra vires* du gouvernement québécois, puisque la compétence sur le mariage reviendrait au gouvernement fédéral. La contestation fut toutefois abandonnée avant d'être entendue, mais a été réanimée en 2000.

Dans les provinces de common law, les lois sur le mariage ne précisent pas l'identité sexuelle des parties et c'est seulement par l'intermédiaire de la common law que ces lois sont interprétées pour limiter le mariage aux personnes de sexe opposé. En 1993, MM. Layland et Beaulne ont demandé à la Cour de réviser le refus du registraire de leur accorder un permis de mariage[7] en argumentant que ce refus constituait une discrimination en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne*. La Cour a confirmé que la common law limitait le mariage à un homme et à une femme. Elle a déterminé qu'il ne s'agissait pas de discrimination, puisque à son avis, il était toujours loisible au requérant d'en satisfaire les exigences en épousant une femme :

> La loi n'interdit pas le mariage d'homosexuels, à condition qu'il intervienne entre des personnes de sexe opposé. Certaines personnes homosexuelles se marient; le fait que plusieurs choisissent de s'en abstenir, parce qu'elles ne souhaitent pas s'unir à des personnes de sexe opposé, est une question de préférence personnelle, et non une prescription de la loi[8] *[traduction]*.

Layland et Beaulne ont abandonné leur appel après la décision de la Cour suprême du Canada dans *Egan* (McCarthy et Radbord, 1998, p. 114). Le mariage n'est donc toujours pas possible pour les lesbiennes et les gais, dans toutes les provinces canadiennes.

Jusqu'au début des années 1990, les revendications du mouvement gai et lesbien visaient surtout à obtenir un traitement équivalent à celui accordé aux unions de fait hétérosexuelles. La résistance des législateurs à se plier aux prescriptions judiciaires a toutefois conduit certains groupes de gais et de lesbiennes à conclure que la reconnaissance du droit au mariage représentait la principale pierre d'achoppement à la reconnaissance des couples de même sexe [9].

L'exemple des Pays-Bas[10], où le mariage est désormais possible pour les gais et les lesbiennes, est susceptible d'être suivi entre autres par l'Afrique du Sud[11]. Le Canada sera alors obligé de reconnaître ces mariages conformément aux règles du droit international privé. Néanmoins, le 8 juin 1999, le Parlement canadien a adopté, par un vote de 216 à 55, une résolution qui, même si elle n'a pas force de loi, est très révélatrice de l'attitude des parlementaires à l'égard du droit au mariage pour les couples de même sexe. Cette résolution affirmait que le Parlement ferait tout en son pouvoir pour s'assurer que le mariage demeure l'union d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre[12]. Pourtant, deux jours plus tard, le *Globe and Mail* publiait les résultats d'un sondage Angus Reid indiquant que 53 p. 100 des Canadiens et Canadiennes étaient favorables au mariage entre personnes de même sexe[13].

2.1.2 Les effets juridiques du mariage

En vertu du *Code civil du Québec*, en contractant mariage, les époux peuvent fixer par contrat le statut des biens acquis avant et pendant le mariage, de même qu'en préciser les pouvoirs de gestion et le partage à la fin de l'union. Cependant, quels que soient les autres termes du contrat, le couple doit constituer un patrimoine familial qui comprend les résidences familiales, les meubles meublant, les véhicules utilisés par la famille et les actifs des divers régimes de retraite[14]. À défaut d'un contrat, les époux se soumettent au régime matrimonial de la société d'acquêts. Ce régime est plus englobant que le simple patrimoine familial parce que tous les biens acquis pendant le mariage (biens acquêts), entre autres le produit du travail, sont considérés comme propriété conjointe sujette éventuellement au partage. Seuls les biens propres (ceux qui était la propriété de l'époux ou de l'épouse au début du régime ainsi que ceux acquis par la suite par voie de succession ou de donation) ne sont pas sujets au partage[15].

Malgré la possibilité de conclure un contrat pour définir le régime patrimonial, le *Code civil* prévoit des mesures impératives[16]en ce qui a trait au secours et à l'assistance. Il exige que les

époux fassent vie commune[17], ce qui ne les empêche toutefois pas d'avoir des domiciles distincts[18]. Les époux doivent exercer conjointement l'autorité parentale, choisir conjointement la résidence familiale[19] et contribuer à proportion de leurs facultés aux charges du mariage[20]. Un époux ne peut, sans le consentement de l'autre, aliéner ni transporter hors de la résidence familiale les meubles servant au ménage[21], ni aliéner ou grever le bien ou le loyer qui sert de résidence familiale[22].

Contrairement aux régimes de common law, le *Code civil du Québec* prévoit qu'à la dissolution de l'union, les biens patrimoniaux seront partagés également et ce partage égal ne peut être écarté par le contrat de mariage[23]. Un époux peut cependant y renoncer par acte notarié au moment de la dissolution de l'union. L'article 427 du *Code* prévoit la possibilité d'une prestation compensatoire afin d'atténuer, au moment de la dissolution, les pertes subies par celui des époux qui a enrichi l'autre grâce à des biens et à des services au cours du mariage[24]. Cette prestation vise à remédier au déséquilibre économique entre les époux et elle s'ajoute à la pension alimentaire payée en vertu de l'article 585 du *Code civil,* laquelle s'applique aux époux et aux parents en ligne directe.

Dans toutes les autres provinces canadiennes, les droits et obligations des personnes mariées sont prévus dans une série de lois telles que celles qui régissent les biens matrimoniaux, la succession, les obligations d'entretien envers la famille, l'adoption, etc. Comme nous l'illustrerons dans les pages qui suivent, bien que ces lois ne concernent pas uniquement les personnes mariées, elles traitent généralement ces dernières de manière différente. Les concessions faites au fur et à mesure des années aux conjoints non mariés, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, restent partielles particulièrement en ce qui a trait à la propriété et au partage des biens matrimoniaux.

2.2 L'union de fait

Toutes les relations conjugales ne sont pas consacrées par la cérémonie du mariage. L'union libre est de plus en plus répandue, surtout depuis les années 1970, époque où la majorité des provinces de common law ont aboli les distinctions qui pesaient sur les enfants nés hors du mariage. Toutefois, selon Monica Boyd (1988, p. 88), l'union libre serait surtout le fait des jeunes et resterait encore le prélude au mariage. Cette remarque est peut-être de moins en moins pertinente aujourd'hui, puisque de 1981 à 1996, le pourcentage des unions de fait hétérosexuelles a doublé au Canada, passant de 5,6 p. 100 à 12 p. 100 (Turcotte, 1999, p. 3). Le Québec se démarque d'ailleurs clairement à cet égard : un couple sur quatre vit en union de fait alors que dans le reste du Canada, il s'agit seulement d'un couple sur 10 (Turcotte, 1999, p. 4). Quoi qu'il en soit, le cadre juridique a dû se plier devant l'évolution des moeurs et inclure certaines unions libres dans la définition juridique de la famille[25]. Alors que plusieurs utilisent indistinctement les expressions « union libre » et « union de fait », seule la seconde est reconnue et réglementée par l'État. D'*unions libres* qu'elles étaient à leur commencement elles deviennent, à condition de satisfaire certains critères quant au genre des parties et à la durée de la relation, des *unions de fait.*

L'inclusion des unions de fait a toutefois été réalisée de manière graduelle et inégale. À titre d'exemple, au Québec, la conjugalité de fait est reconnue aux fins des régimes publics alors qu'aux fins du droit familial privé régi par le *Code civil*, elle n'a pas de statut[26]. Lors de la dernière révision du *Code*, le Conseil du statut de la femme, s'appuyant sur l'opinion de nombreux groupes de femmes, a maintenu que l'État devait s'abstenir d'y encadrer l'union libre. Quoique le Conseil reconnaissait la nécessité de mieux informer les conjoints de leurs droits et devoirs, il jugeait important de préserver une liberté de choix pour les femmes. Il considérait en outre que les situations de conjugalité de fait étaient trop diversifiées pour être délimitées dans le *Code civil*. Ajoutons que l'inclusion de l'union de fait est aussi inégale dans les provinces de common law, car elle a été réalisée seulement dans certaines lois.

La notion de « conjoint de fait » est définie différemment selon les lois, les règlements, les conventions collectives, les régimes d'assurance ou d'assistance qui y font référence. Par conséquent, les personnes formant un couple sont traitées comme si elles étaient mariées dans certains cas alors que dans d'autres, ces deux mêmes personnes sont traitées comme des célibataires. Si la définition du terme « conjoint de fait » varie selon les régimes législatifs, en règle générale, la cohabitation demeure un critère essentiel. C'est la durée minimale de la cohabitation qui peut varier d'un régime à l'autre. Le plus souvent, elle est établie à trois ans, mais parfois à un an ou même à cinq. De plus, la durée minimale de la cohabitation est généralement inférieure lorsqu'il y a un enfant. Dans une même juridiction, cette durée peut aussi varier selon les régimes[27]. Ainsi, aux fins d'admissibilité à des prestations d'assistance sociale, en Ontario par exemple, les personnes sont considérées comme conjointes dès le début de la cohabitation, mais ne se font reconnaître ce statut qu'après trois ans pour les fins d'une pension alimentaire. Plusieurs régimes ajoutent au critère de la cohabitation ceux de la notoriété et du soutien mutuel.

La description des droits et des obligations des conjoints de fait est importante pour notre propos, puisque, selon une tendance qui se confirme de plus en plus rapidement, les lesbiennes qui vivent en couples seront dorénavant traitées comme les conjoints de fait hétérosexuels à l'exception de certaines dispositions concernant l'adoption et la filiation. Si elles répondent à la définition de l'union de fait, elles seront donc soumises aux mêmes obligations et bénéficieront des mêmes droits que les conjointes de fait hétérosexuelles et ce, sans qu'elles expriment une intention de désigner ainsi leur union. C'est du moins la tendance qui se dégage avec l'adoption, au Québec, de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait (Loi 32)*[28], de lois particulières dans certaines provinces comme la Colombie-Britannique et de récentes décisions judiciaires. Nous verrons au chapitre 4 que cette reconnaissance *de facto* des conjointes de même sexe soulève de nombreuses interrogations et inquiétudes chez les lesbiennes rencontrées lors de nos consultations.

2.2.1 La propriété des biens

Si les distinctions entre les droits et les obligations des conjoints mariés et ceux des conjoints vivant en union de fait se sont estompées au cours des 20 dernières années, les distinctions quant au partage des biens matrimoniaux ou du patrimoine familial[29] perdurent. Au Québec, comme dans les provinces de common law, ce partage est prévu dans un texte législatif pour les personnes mariées, mais les conjoints de fait doivent, pour l'obtenir, intenter une poursuite

judiciaire en s'appuyant sur la doctrine de l'enrichissement injustifié. Or, cette poursuite comporte des difficultés de preuve, des coûts non négligeables et, la plupart du temps, un partage inégal des biens, contrairement au cas des personnes mariées pour lesquelles il existe une présomption de partage égal. Notons toutefois que certaines distinctions entre époux, d'une part, et conjoints de fait, d'autre part, ont été éliminées pour les pensions ou régimes de retraite qui font partie des biens qualifiés de matrimoniaux[30]. Les règles applicables aux régimes publics et privés de retraite sont abordées au chapitre 3.

Toutefois, selon les lois de certaines provinces, dont Terre-Neuve[31] et la Colombie-Britannique[32], les conjoints de fait peuvent se soumettre à la loi sur les biens matrimoniaux et ainsi, au moment d'une séparation, être traités comme s'ils étaient mariés. La Commission de la réforme du droit de la Nouvelle-Écosse a publié en 1997[33] un rapport sur l'état du droit en matière de biens familiaux. Elle y recommandait, entre autres, que la loi sur les biens matrimoniaux soit élargie pour s'appliquer non seulement aux personnes mariées, mais aussi aux conjoints de fait, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels. La Commission de la réforme du droit de la Nouvelle-Écosse, tout comme celle de l'Ontario[34], a opté pour l'inclusion automatique avec possibilité pour les conjoints de se soustraire à la loi (« *opting out* »). Elle n'a pas suivi l'exemple de la Colombie-Britannique[35] et de Terre-Neuve, où les conjoints de fait doivent poser un geste afin de se soumettre à l'application de la loi (« *opting in* »). Nous reprenons au chapitre 6 la discussion sur les distinctions entre *l'opting in* (inclusion volontaire) et *l'opting out* (l'exclusion volontaire).

Même si les gouvernements de la Nouvelle-Écosse et de l'Ontario n'ont pas suivi les recommandations de leurs commissions respectives, les tribunaux risquent de les y forcer. En effet, en juillet 1999, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a appliqué l'analyse de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Miron* c. *Trudel* [36] et elle a déterminé que la loi sur les biens matrimoniaux de cette province était discriminatoire. Elle y a incorporé, par renvoi, les conjoints de fait[37]. Par conséquent, la conjointe dans cette affaire, après huit ans de vie commune, a obtenu pour elle et ses enfants la possession exclusive de la résidence familiale. Certaines personnes pourraient qualifier de paternalisme cette tendance des commissions de réforme du droit et de la Cour suprême du Canada à assimiler les unions de fait au mariage, dans la mesure où elle ne respecte pas la liberté de choix, du moins celle des couples hétérosexuels (les couples homosexuels n'ayant pas la possibilité de se marier). Or, les commentaires suivants de la juge L'Heureux-Dubé révèlent que cette tendance n'est probablement pas étrangère à une autre tendance, soit celle du désengagement de l'État et de la privatisation du soutien :

> La vraie question dans de tels cas est de savoir si l'État devrait automatiquement assumer les coûts de ces réalités, ou si on devrait demander à la famille, y compris les ex-époux, de subvenir aux besoins selon les ressources disponibles. Certains laissent entendre qu'il serait préférable que l'État assume automatiquement les coûts dans ces situations : Rogerson, *Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the Divorce Act, 1985 (Part I)*, *loc. cit.*, à la p. 234, n. 172. Toutefois, comme

> nous le verrons, le Parlement et les législatures en ont décidé autrement en exigeant que les tribunaux tiennent compte non seulement des facteurs compensatoires, mais également des besoins et des ressources des parties[38].

Le juge Iacobucci, pour la majorité, dans *M.* c. *H.* renchérit :

> À mon sens, le juge Charron de la cour d'appel a correctement défini les objectifs des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints qui sont contestées. [...] a reconnu que les objectifs des dispositions de la partie III permettaient à la fois [...] « d'assurer le règlement équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes » et d' « alléger le fardeau financier de l'État en faisant peser l'obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l'État, mais sur les parents et les conjoints qui sont en mesure de le faire » (p. 450). Selon moi, cette position est étayée par les débats de l'assemblée législative, le libellé des dispositions de même que la jurisprudence de notre Cour[39].

2.2.2 La résidence familiale et sa possession exclusive

Le foyer conjugal est soit un bien dont un ou les deux conjoints sont propriétaires, soit un logement pour lequel ils ont un bail. Souvent l'acte de propriété ou le bail est au nom d'un seul conjoint, qui peut décider d'en disposer ou d'y mettre fin sans consulter l'autre. Au Québec, les époux sont protégés par diverses dispositions : l'article 401 du *Code civil*, qui interdit à l'époux titulaire des droits sur la résidence familiale d'en disposer sans le consentement de l'autre; l'article 403, qui empêche la cession du bail ou la sous-location; l'article 410, qui permet d'attribuer un droit d'usage de la résidence familiale à l'époux qui a la garde d'un enfant; et l'article 408, qui prévoit que la Cour peut « attribuer à l'époux du locataire le bail de la résidence familiale », ce qui a pour effet de lier le locateur. Quant aux conjoints de fait, ils ne bénéficient pas de ces protections, à l'exception toutefois de la disposition relative au maintien dans les lieux loués[40]. Cette disposition prévoit que le conjoint d'un locataire, s'il habite avec ce dernier depuis au moins six mois, peut se maintenir dans les lieux et se substituer au locataire lorsque cesse la cohabitation, pourvu qu'il en avise le locateur dans les deux mois suivant la fin de la cohabitation. Notons que cette disposition n'est pas limitée aux conjoints de fait, mais qu'elle s'applique aussi à un parent ou à un allié cohabitant[41].

Dans les provinces de common law, en vertu des dispositions sur les biens familiaux, le conjoint marié ne peut aliéner un bien familial sans le consentement de l'autre[42]. Cela a pour effet d'obliger le baillant à maintenir le bail et à respecter, là où ils existent, les contrôles du loyer. Quant au droit à la possession exclusive, il est prévu dans la plupart des provinces aux dispositions qui traitent du soutien ou des aliments, dispositions auxquelles les conjoints de fait sont assujettis[43]. Même dans les provinces où les conjoints de fait bénéficient de ces protections législatives, les gais et les lesbiennes sont exclus des droits relatifs à la résidence familiale par la définition donnée au terme « conjoint ». La modification ontarienne de novembre 1999[44] n'a rien changé à ce fait.

La Colombie-Britannique fait exception à cet égard, puisqu'en vertu de la modification apportée en 1998 à sa loi sur la famille, elle a étendu la capacité de la Cour d'ordonner la possession exclusive du foyer conjugal aux conjoints de fait de même sexe[45].

Dans l'affaire *M.* c. *H.*[46], la Cour suprême du Canada a déclaré que la définition du terme « conjoint », dans la partie sur le soutien de la *Loi sur le droit de la famille* en Ontario, était discriminatoire. Le gouvernement ontarien devait donc corriger cette inconstitutionnalité, faute de quoi l'ensemble de la *Loi* serait invalidé. Or, la correction a été limitée aux dispositions portant sur l'accès aux aliments, sans toucher les deux premières parties de la *Loi* qui portent sur les biens. On peut prévoir que la modification ontarienne et les lois similaires dans les autres provinces seront contestées devant les tribunaux. À moins d'un renversement de la tendance dominante à la Cour suprême du Canada, on peut penser sans trop risquer de se tromper que les couples de lesbiennes auront bientôt droit à l'application de l'ensemble des lois sur la famille, y compris le droit à la possession exclusive du foyer familial. En attendant, comme le font observer McCarthy et Radbord (1998, p. 148), les conjoints de fait hétérosexuels et homosexuels qui font l'objet de violence « familiale » peuvent toujours obtenir la possession exclusive du foyer familial, puisque les juges ont l'habitude d'en faire une condition de l'ordonnance de garder la paix.

2.2.3 Les contrats domestiques

En l'absence de dispositions législatives propres à leur relation « conjugale », les conjoints de fait peuvent toujours conclure un contrat qui détermine leurs obligations réciproques. Quoique ces contrats ne soient pas qualifiés de contrats de mariage ou de contrats domestiques[47], ils ne sont pas interdits. Les contrats domestiques n'étaient pas disponibles aux conjointes lesbiennes jusqu'à tout récemment en Ontario et en Colombie-Britannique et ne le sont toujours pas dans d'autres provinces comme le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse. Les contrats domestiques représentent une forme particulière de contrats puisque, contrairement aux contrats dits commerciaux, ils ne sont pas présumés être conclus entre personnes égales et averties, mais supposent un rapport inégal des forces. Suivant cette présomption, les contrats domestiques ne doivent être conclus qu'après divulgation, de part et d'autre, des avoirs et des créances, et après que les parties ont reçu un avis juridique indépendant, faute de quoi la Cour est justifiée d'en rectifier les termes. Or, la forme « commerciale » à laquelle devront recourir les conjointes lesbiennes n'est pas assortie de ces protections et on peut supposer que, si on leur applique les règles d'interprétation des contrats dits commerciaux plutôt que celles des contrats domestiques, les tribunaux n'interviendront pas pour en corriger les termes inéquitables… Comme il existe très peu de jurisprudence sur l'interprétation donnée à ces contrats entre conjoints non mariés, il est impossible, à l'heure actuelle, de vérifier notre hypothèse. Cette difficulté ne se pose plus en Colombie-Britannique et en Ontario, puisque dans ces deux provinces, toutes les personnes, sans distinction d'orientation sexuelle, qui cohabitent ou ont cohabité et se séparent peuvent conclure des contrats de cohabitation et de séparation. Ils y conviennent de leurs obligations et de leurs droits respectifs quant à la propriété, au partage de biens, à l'obligation alimentaire, au droit de diriger l'éducation et la formation morale de leurs enfants et de toute autre question relative au règlement de leurs affaires[48].

Finalement, en l'absence de contrat domestique bon nombre de conjoints de fait vont veiller, lorsqu'ils acquièrent des biens, à ce que les actes de transaction soient inscrits au nom des deux conjoints. S'ils n'ont pas pris ces précautions, le partenaire dont le nom n'est pas inscrit pourrait invoquer à grands frais la doctrine de l'enrichissement injustifié afin de récupérer une part des biens. Au Québec, en plus de cette doctrine, les conjoints non mariés pourront invoquer les recours de la « société de fait particulière[49] » et du « contrat de prête-nom[50] » pour récupérer les biens ou une part des biens auxquels une partie a contribué, même si le titre est au nom de l'autre partie.

2.2.4 Le soutien ou le droit aux aliments

Historiquement, le droit aux aliments était lié au mariage, plus précisément au fait que l'époux acquérait des droits sur les biens de son épouse; en échange, il lui devait l'entretien. Si la relation se soldait par un divorce et que l'épouse n'était pas dans le tort, l'époux devait l'entretenir pour le reste de sa vie, le mariage étant sensé être indissoluble. Au fil des ans, le divorce est devenu plus accessible. Celui-ci n'étant plus fondé sur la faute, la conduite des parties ne constitue donc plus un facteur utile pour déterminer les aliments. Le soutien est maintenant fondé sur le besoin et la capacité de payer, et il est réciproque, c'est-à-dire que l'épouse autant que l'époux pourrait y être obligée. Traditionnellement, le soutien n'était pas applicable aux conjoints de fait; c'est par acte législatif que cette obligation a été étendue, dans les provinces de common law, aux personnes qui cohabitent de manière conjugale. Soulignons que c'est l'inapplication de ces dispositions aux couples de lesbiennes qui a fait l'objet de la contestation de *M.* c. *H.* et qui a donné lieu à la dernière réforme ontarienne.

Avant de décrire l'état du droit en matière de soutien alimentaire, rappelons que, dans certaines juridictions, même si l'obligation d'entretien et le droit aux aliments n'existent pas pour les lesbiennes, l'entretien par la conjointe n'est pas forcément exclu lorsqu'il s'agit de déterminer l'admissibilité aux régimes d'assistance publique. Ainsi, dans les provinces qui ont élargi la notion de conjoint de fait pour y inclure les couples de même sexe, il y a présomption d'entretien dans la mesure où les partenaires du couple cohabitent. Cette présomption est discutée plus amplement au chapitre suivant.

2.2.5 Les obligations alimentaires envers la conjointe

L'article 30 de la *Loi sur le droit de la famille*[51] de l'Ontario prévoit que « [c]haque conjoint et chaque partenaire de même sexe est tenu de subvenir à ses propres besoins et à ceux de son conjoint ou partenaire, dans la mesure de ses capacités et des besoins ». Les obligations alimentaires envers le conjoint et la conjointe ne prennent pas fin avec la dissolution de la relation, mais, selon les besoins de l'un et les moyens de l'autre, peuvent se poursuivre plus ou moins longtemps après la séparation. Notons que l'ordonnance de pension alimentaire lie aussi la succession du conjoint-payeur[52]. À la suite de la décision dans *M.* c. *H.* et de la réforme subséquente en Ontario, les gais et les lesbiennes ont dorénavant le droit et l'obligation aux aliments bien que l'expression utilisée soit « partenaire de même sexe » plutôt que « conjoint ». Cela est possible en autant qu'ils :

> [...] ont cohabité, selon le cas : a) de façon continue depuis au moins *trois ans*; b) dans une relation d'une certaine permanence, s'ils sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant[33] (italique ajouté).

La durée et le montant de la pension alimentaire sont établis en fonction des ressources actuelles et futures des parties[54].

Les lesbiennes résidant en Ontario et vivant en couples qui veulent se soustraire à cette obligation ou renoncer à ce droit aux aliments doivent conclure un contrat à cet effet avec leur conjointe. En l'absence d'un tel contrat, elles doivent — qu'elles le désirent ou non — assurer le soutien de leur partenaire pendant la relation et après la séparation. Toutefois, même si elles ont conclu un contrat afin de se soustraire à l'application de la loi, elles pourraient se voir imposer cette obligation si leur conjointe reçoit une prestation aux termes de la *Loi sur les prestations familiales*, de la *Loi sur l'aide sociale générale* ou de la *Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail* ou le soutien du revenu aux termes de la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées.* Les organismes responsables de ces programmes sont en effet autorisés à présenter une requête pour les aliments en se substituant à la conjointe[55]. Cette substitution par un organisme gouvernemental vise à alléger le fardeau de l'État, comme nous l'avons mentionné à la section sur la propriété des biens.

À la lecture de la définition juridique du terme « conjoint » dans la loi ontarienne, on aura noté que la parentalité est un critère de définition. Seront considérés comme des conjoints les personnes qui sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant et, dans ce cas, la durée de l'union peut être inférieure à trois ans. Mis à part l'obligation alimentaire envers l'enfant, la conjointe ayant adopté l'enfant de sa partenaire pourrait se voir imposer une obligation alimentaire envers celle-ci dans la mesure où la présence de l'enfant est un facteur qui limite la capacité de cette partenaire de subvenir à ses besoins.

En Colombie-Britannique, sont considérés comme conjoints, aux fins du soutien, les personnes de même sexe ou de sexe opposé qui ont vécu dans une relation quasi maritale pendant non pas trois, mais deux ans[56]. Dans les autres provinces de common law, les dispositions législatives créant l'obligation aux aliments ne s'appliquent qu'aux conjoints de sexe opposé, même si le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans *M.* c. *H.* s'applique autant à ces dispositions qu'à celles qui prévalaient en Ontario. Seul l'avenir dira si les gais et les lesbiennes devront contester judiciairement ces lois, une à une, province par province, ou si les législatures se conformeront à la décision de la Cour suprême du Canada sans y être forcées par les tribunaux.

Au Québec, il n'existe aucune obligation de pension alimentaire pour les couples en union de fait, que les partenaires soient de même sexe ou non. Cette obligation peut toutefois être créée volontairement par contrat domestique.

2.2.6 Les obligations alimentaires envers les enfants

En Ontario comme en Colombie-Britannique, des obligations alimentaires envers les enfants sont imposées non seulement aux parents naturels et adoptifs, mais aussi aux conjoints du parent et aux personnes qui ont contribué à l'entretien de l'enfant pendant un certain temps. Le montant de l'obligation alimentaire est calculé selon les lignes directrices fédérales en matière de pension alimentaire[57]. À l'instar du soutien aux conjointes, une requête pour les aliments peut être présentée par un organisme gouvernemental qui fournit des prestations d'aide[58]. Ainsi, en Ontario, la *Loi sur le droit de la famille*[59] prévoit que l'expression « père ou mère » désigne « la personne qui a manifesté l'intention bien arrêtée de traiter un enfant comme s'il s'agissait d'un enfant de sa famille[...] »[60].

« Alors que les adultes peuvent entrer et sortir d'une relation sans attente de permanence, les attentes et les besoins des enfants ne sont pas aussi élastiques », disait le juge Chadwick, de la Cour de division générale de l'Ontario[61]. Pour cette raison, lorsqu'une personne a démontré l'intention de prendre un enfant à sa charge, elle ne peut pas, par la suite, mettre unilatéralement fin à ses obligations. Les faits de chaque cas servent à déterminer s'il y avait une « intention arrêtée de traiter un enfant comme s'il s'agissait d'un enfant de sa famille ». Une simple courtoisie et la prise en affection ne suffisent pas. C'est la qualité du rapport avec l'enfant, et non sa durée, qui est déterminante. À cet égard, on examine des facteurs tels que le partage du logis, la contribution aux dépenses de l'enfant, l'intérêt manifeste à l'égard de son bien-être et la prise en charge des responsabilités parentales, y compris la discipline. Bien que la présence ou l'absence de cohabitation ne soit pas déterminante, elle sert d'indicateur du degré de prise en charge.

En Colombie-Britannique et dans certaines autres provinces de common law, le simple fait d'être la conjointe d'un parent entraîne l'obligation des aliments envers les enfants de celle-ci à condition d'avoir contribué à l'entretien de ceux-ci pendant au moins un an[62]. Or, même si la définition diffère de celle employée dans la loi ontarienne, comme l'illustre la décision *Re L.K.F.*[63], une contribution sporadique et insignifiante n'entraînera pas une obligation de soutien. Dans ce dernier cas, la Cour devait déterminer si B., une lesbienne qui avait cohabité avec W., la mère de deux jeunes garçons, pendant environ quatre ans sur un total de six années de relation, avait envers ceux-ci une obligation de soutien. La Cour a jugé que la contribution de B. aux frais du ménage compensait seulement son propre logement et sa nourriture, et qu'elle ne partageait pas les frais de l'ensemble du ménage. De plus, même si le loyer qu'elle payait à W. représentait un revenu dont les enfants profitaient, une telle contribution indirecte ne peut suffire pour établir une prise en charge. Quant aux cadeaux, par exemple des voyages que B. avait payés, ceux-ci n'étaient pas, de l'avis de la Cour, plus généreux que ceux qu'elle avait offerts à ses neveux et nièces. Finalement, même si les enfants profitaient du nouveau réfrigérateur, du lave-vaisselle et de la fourgonnette de B., ces biens avaient été achetés par B. pour sa propre commodité. Si les conditions matérielles des enfants s'en étaient enrichies, ce n'était, de l'avis de la Cour, qu'une conséquence accessoire de la relation de B. avec la mère des enfants et non une prise en charge des enfants par B.

Au Québec, les parents biologiques et adoptifs ont des obligations aux aliments à l'égard de leurs enfants. Dans un couple non marié, toutefois, le conjoint ou la conjointe du parent d'un

enfant n'a aucune obligation envers celui-ci. Cela ne signifie pas pour autant qu'aux fins des régimes publics, le revenu de l'époux ou du conjoint de même sexe ou de sexe opposé n'est pas pris en compte.

La question du soutien économique entre conjoints déborde le cadre des obligations imposées par le droit familial privé, puisque la présence d'un conjoint ou d'une conjointe de fait peut avoir un impact sur l'admissibilité du parent à certains régimes d'assurance et d'assistance sociales. Nous traiterons plus en détail de ce sujet au chapitre suivant. De plus, le statut conjugal — selon que la personne est mariée ou qu'elle vit en union de fait[64] — a des conséquences différentes aux fins de la fiscalité.

2.2.7 La garde des enfants et le droit d'accès aux enfants

Puisque dans les régimes publics, les lesbiennes se font imposer des obligations de soutien envers les enfants de leurs conjointes, on pourrait en déduire qu'elles auraient, au moment de la dissolution du couple, des droits de garde et de visite. Bien que le critère pour décider de ces questions soit celui de « l'intérêt supérieur de l'enfant[65] » et que la garde et l'accès correspondent plus à des privilèges qu'à des droits, les tribunaux accordent une préférence aux parents biologiques et adoptifs par opposition aux parents « psychologiques » ou, dit autrement, au coparent de même sexe. De plus, comme l'ont démontré Ann Robinson (1998) et Katherine Arnup (1991), les préjugés lesbophobes affectent l'évaluation des requérantes, même lorsqu'elles sont les mères biologiques[66].

Ce ne sont cependant pas les textes législatifs qui posent problème, puisqu'ils prévoient que la garde et l'accès à l'enfant peuvent être accordés au père, à la mère ou à toute autre personne[67]. La garde peut être exclusive ou conjointe et la jurisprudence indique qu'elle est accordée entre autres aux parents biologiques ou adoptifs, aux grands-parents, aux oncles et tantes et autres membres la parenté, aux conjoints du parent, que ces derniers soient mariés ou non[68]. Il en va de même pour le droit d'accès ou de visite. Les questions de garde et de visite peuvent être réglées par une entente de séparation, quoique cette mesure, à l'heure actuelle et dans la plupart des provinces, ne soit possible que pour les personnes mariées[69]. Toutefois, les tribunaux sont autorisés à abroger ou à modifier une telle entente si elle n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant[70]. La personne qui a la garde exclusive de l'enfant peut aussi transmettre celle-ci par testament[71].

L'obtention du droit de garde confère à sa détentrice ou à son détenteur les droits et les responsabilités de la mère et du père[72]. Quant au droit d'accès, en plus des visites, il permet dans le cas du père ou de la mère de demander et d'obtenir des renseignements sur la santé, l'éducation et le bien-être de l'enfant[73]. En 1997, en Ontario, la Cour a été saisie d'une requête de la part d'une mère non biologique (ou coparent de même sexe) qui réclamait la garde exclusive de l'enfant biologique de son ex-conjointe[74]. Les conjointes avaient planifié ensemble la naissance et partageaient tous les soins de l'enfant âgée de deux ans et demi au moment du procès. Bien que la Cour ait refusé la requête parce que la mère biologique était, selon les faits, la principale dispensatrice des soins, elle aurait été prête à accorder la garde partagée si les rapports entre les deux femmes avaient été moins tendus. Dans cette cause, la

mère non biologique avait aussi demandé que la Cour la déclare mère de l'enfant, parce que ce statut aurait pu augmenter ses chances d'obtenir la garde, ou tout au moins lui reconnaisse un statut par rapport à l'enfant et établisse un lien de filiation. La Cour a rejeté cette requête en s'appuyant sur la jurisprudence en matière d'adoption, abordée à la section suivante.

Si une conjointe lesbienne a manifesté l'intention bien arrêtée de traiter l'enfant comme s'il s'agissait d'un enfant de sa famille, si elle s'occupait effectivement de son éducation et des soins à lui donner ou si sa participation était nécessaire pour régler les points litigieux, elle est une partie de plein droit et elle a droit de parole au procès[75]. Or, en Colombie-Britannique, on a reconnu que ce droit de participer exigeait d'abord d'être informé de la requête; on oblige donc les requérants à informer tout parent et chaque adulte avec lequel l'enfant réside habituellement[76]. Rappelons que, depuis février 1998, le parent inclut, dans cette province, le beau-parent, sans distinction d'orientation sexuelle, qui contribue depuis un an au soutien et à l'entretien de l'enfant.

Contrairement aux provinces de common law, au Québec, l'obtention de la garde par une tierce personne n'entraîne pas la déchéance de l'autorité du père et de la mère. Ces derniers conservent un droit de surveillance sur l'entretien et l'éducation de l'enfant[77] jusqu'à la déchéance de ce droit, qui ne sera prononcée que pour des motifs graves[78]. Aucune cause portant sur l'obtention de droits de garde ou de visites par une coparente lesbienne n'a été répertoriée, ce qui ne signifie toutefois pas qu'il n'existe aucun cas dans lequel ce droit aurait été conféré par contrat ou par testament.

2.2.8 L'adoption

Au mois de novembre 1999, les manchettes des journaux canadiens faisaient état de deux tentatives par des lesbiennes de se faire reconnaître un statut parental envers l'enfant biologique de leur conjointe. Dans le premier cas[79], celui de Paquette et Greenbaum[80], la Cour supérieure du Québec a refusé la requête de reconnaissance du statut de mère psychologique et la possibilité que la mère biologique puisse partager l'autorité parentale avec sa conjointe. De l'avis de la Cour, la notion de mère psychologique n'a aucune existence juridique. Cette notion ne doit pas être confondue avec la notion de *loco parentis* qui, même si elle comporte des droits de garde et de visite, ne confère pas l'autorité parentale, car le parent biologique conserve cette autorité tant qu'il n'en a pas été déchu, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. L'autorité parentale, quant à elle, ne peut être détenue conjointement que par un père et une mère, mais non par deux mères[81]. La Cour ajoute qu'elle pourrait conférer l'autorité parentale à la requérante si l'enfant était admissible à l'adoption en vertu de l'article 562 du *Code civil du Québec*. C'est d'ailleurs le recours à l'adoption qui a été invoqué dans le second cas, celui de l'Alberta[82]. Toutefois, la requérante québécoise n'avait pas, contrairement à la requérante albertaine, choisi le mécanisme de l'adoption.

Alors qu'au Québec, une personne (mariée ou en union de fait) peut adopter l'enfant de sa conjointe ou son conjoint[83], dans la loi albertaine, cette personne est désignée par l'expression « *step-parent* », c'est-à-dire beau-parent[84]. Dans la cause albertaine, la Cour devait donc déterminer si cette dernière expression incluait les couples de lesbiennes. En s'appuyant sur

la documentation gouvernementale publiée lors de la modification de la loi en mai 1999, modification qui remplaçait le terme « *spouse* » par « *step-parent* », la Cour a conclu que le législateur avait reconnu la diversité des familles et n'avait pas l'intention d'exclure les conjoints de même sexe de la définition du terme « beau-parent ». La Cour ajoute que cette interprétation est conforme aux objectifs de la loi sur l'adoption, qui vise le meilleur intérêt de l'enfant. Or, il est dans le meilleur intérêt de celui-ci que son rapport avec son beau-parent bénéficie d'une reconnaissance juridique et ce, sans égard au statut juridique du lien existant entre le beau-parent et le parent naturel[85]. Afin de déterminer si la requérante était un beau-parent, la Cour a appliqué le test du *loco parentis*, c'est-à-dire qu'elle a évalué si celle-ci avait démontré par le passé une intention manifeste d'assumer le rôle de parent. Finalement, puisqu'elle s'est appuyée sur les règles ordinaires d'interprétation législative, la Cour a jugé qu'il n'était pas nécessaire de discuter de l'application de la *Charte canadienne*. D'autant plus que la jurisprudence ontarienne indiquait depuis 1995 qu'en vertu de la *Charte canadienne*, le terme « conjoint » ne pouvait exclure les conjoints de même sexe en ce qui a trait à l'adoption[86].

Dans tous les cas mentionnés, l'enfant avait été conçu par insémination artificielle et, par conséquent, le consentement du père biologique n'était pas requis, de sorte que la question de l'adoption ne concernait que l'adoptante, l'enfant et la mère biologique. Toutefois, lorsqu'un couple de lesbiennes désire faire une adoption conjointe en s'adressant aux services d'adoption, elles doivent affronter les résistances de ces services[87] et risquent fort d'être obligées de contester judiciairement ces résistances. Dans le cas où il y a un père biologique ou encore une mère non déchue de son autorité parentale, les adoptantes peuvent se buter à un obstacle supplémentaire, soit le refus du parent biologique non déchu de confier son enfant à un couple de lesbiennes pour des motifs homophobes. Cela rendrait caduque la demande, le consentement du parent non déchu étant nécessaire à l'adoption.

En Ontario, les paragraphes 146(2) et 146(4) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* confèrent le droit d'adopter à un particulier ou en commun à deux personnes dont l'une est le conjoint de l'autre[88]. La réforme du 29 octobre 1999 (par suite de la décision *M. c. H.*), plutôt que d'élargir la définition du terme « conjoint » pour y inclure les conjoints de même sexe, a ajouté à ce paragraphe : « les autres particuliers que le tribunal autorise, eu égard à l'intérêt véritable de l'enfant »[89]. Ces termes ouvrent la porte à une interprétation restrictive dans le cas des conjointes lesbiennes. Quant au Québec, il ne semble exister aucun empêchement juridique à l'adoption par une lesbienne de l'enfant de sa conjointe, puisque l'article 546 du *Code civil* prévoit que « [t]oute personne majeure peut seule ou conjointement avec une autre personne, adopter un enfant ». Ainsi deux soeurs, deux amies ou un couple de lesbiennes pourraient se prévaloir de ce droit. Cependant, il n'existe aucun cas répertorié de telles adoptions conjointes. Seul l'avenir dira si les tribunaux seront plus réceptifs à ces requêtes qu'à celle de Paquette et Greenbaum ou s'ils se retrancheront à nouveau derrière la soi-disant impossibilité pour un enfant d'avoir deux mères.

En réaction aux demandes des communautés gaies et lesbiennes, la Colombie-Britannique a modifié, en 1996, sa loi sur l'adoption pour la rendre neutre, de sorte qu'un particulier ou

deux adultes conjointement peuvent adopter[90]. Pour plus de certitude, elle autorise un adulte à devenir parent adoptif conjointement avec le parent biologique de l'enfant[91].

L'adoption par la « mère psychologique » est susceptible de se répandre puisque ce mécanisme reconnaît non seulement l'attachement affectif envers l'enfant de la conjointe et, dans plusieurs cas, le fait que la naissance constituait un projet commun, mais aussi parce qu'elle permet de résoudre des difficultés pratiques et quotidiennes. Paquette et Greenbaum invoquaient à ce titre le fait que la coparente exerce dans les faits l'autorité parentale, ce qui n'est pas reconnu lorsqu'il s'agit d'inscrire l'enfant à l'école ou encore de faire un voyage exigeant un passeport (le nom de l'enfant figure seulement sur le passeport de la mère biologique ou adoptive).

Bien que la mère biologique ou adoptive puisse fournir à sa conjointe des procurations l'autorisant à agir en son nom auprès des autorités scolaires ou des services médicaux, comme le souligne Kathleen Lahey (1999a, p. 304), les membres des professions médicales ne sont pas aussi emballés par les procurations que le sont les avocats. Les procurations, en autant qu'elles sont respectées, permettent au mandataire d'agir au nom du parent lorsqu'il s'agit de consentir aux soins ou à des actes relatifs à la direction matérielle de la famille. Ces procurations doivent être expresses, mais dans le cas des personnes mariées, elles peuvent être présumées lorsque l'un des époux ne peut manifester sa volonté ou ne peut le faire en temps opportun[92].

2.2.9 La succession

La liberté de tester des personnes mariées est limitée par les dispositions sur les biens matrimoniaux (ou le patrimoine) et par les dispositions sur les obligations de soutien envers la famille du testateur. Le testateur ne peut donc priver l'époux survivant de sa part des biens, ni le laisser dans le besoin, ainsi que les personnes à charge, afin d'en faire profiter d'autres. De plus, les personnes mariées bénéficient d'une protection particulière en ce qui a trait à la résidence familiale de sorte qu'elles ne peuvent être évincées par les héritiers.

Pour les conjoints de fait, il n'existe aucune restriction à leur liberté de tester, sauf qu'ils ne peuvent pas inclure dans leurs testaments les droits que leur conjoint possède sur un bien, par exemple, un bien détenu en copropriété. De plus, en vertu de la doctrine de l'enrichissement injustifié, dont il a été question plus haut, le conjoint survivant pourrait demander à la Cour, à l'encontre des héritiers, une restitution d'une part équivalente à sa contribution aux biens ou à la valeur de ces biens.

Dans le cas où la personne décédée est *ab intestat* (sans testament valide), ses biens sont dévolus selon l'ordre et le degré de parenté. En général, si l'*ab intestat* a un époux et des enfants (consanguins ou adoptés), ceux-ci se partagent l'ensemble de la succession, sinon les biens sont dévolus dans l'ordre : au père et à la mère, aux frères et aux soeurs, aux neveux et aux nièces, etc. En l'absence de proches parents, la succession retourne à la Couronne. En Ontario, l'époux survivant a droit à toute la succession si celle-ci n'a pas une valeur excédant « la part préférentielle[93] » actuellement fixée à 200 000 dollars[94]. Si la succession excède cette somme, l'époux survivant prélève la part préférentielle et le reliquat est ensuite partagé entre

celui-ci et les enfants[95]. Pour ce qui est des enfants, le fait que les parents soient mariés ou non ne fait aucune différence. En l'absence d'un époux survivant, les enfants se partagent en parts égales la succession[96]. La situation au Québec est comparable. Elle se distingue toutefois par la part qui revient à l'époux, soit un tiers de la succession et deux tiers aux descendants[97]. Cependant, selon le régime matrimonial adopté par les époux, l'époux survivant peut aussi revendiquer la moitié de certains biens du défunt et être le créancier par l'application du patrimoine familial.

Nulle part au Canada les conjoints de fait et les enfants « psychologiques » du défunt ne bénéficient des règles de partage de la succession *ab intestat*[98]. Ils pourraient même être supplantés par l'époux, s'il y a eu séparation des ex-époux et non divorce. Le seul recours pour la conjointe de fait et les enfants « psychologiques » relève des dispositions portant sur les personnes à charge. Ces dispositions permettent de faire valoir, à l'encontre de la succession testamentaire ou *ab intestat*, une obligation de soutien. À ces fins, en Ontario, les personnes à charge peuvent être le conjoint, le père ou la mère, l'enfant et le frère ou la soeur. Le terme « enfant » inclut toute personne envers laquelle le défunt a manifesté l'intention bien arrêtée de la traiter comme s'il s'agissait d'un enfant de sa famille. Le terme « conjoint » inclut, outre les personnes mariées, les hommes et les femmes qui, sans être mariés, ont cohabité dans une union conjugale depuis au moins trois ans ou pour une période moindre s'ils sont parents d'un enfant naturel ou adoptif[99].

Pour les conjointes lesbiennes, la modification ontarienne de novembre 1999 ne corrige pas la discrimination en matière de succession, sauf que les « partenaires de même sexe » pourront être nommés exécuteurs de la succession *ab intestat* ou de la succession testamentaire pour laquelle l'exécuteur n'a pas été désigné. Quant au droit d'une personne à charge à une part de la succession à titre de soutien, la loi reste inchangée et la possibilité pour les tribunaux de se retrancher derrière les précédents judiciaires, même récents, s'avère peu encourageante. En effet, en 1996, deux cours inférieures de l'Ontario ont refusé de reconnaître comme personne à charge un homosexuel, dans le premier cas, et une lesbienne, dans l'autre.

Dans le cas *Obringer*[100], la Cour a conclu que, même si Obringer et Kennedy avaient entretenu une relation intime et exclusive pendant plus de 20 ans, ils ne pouvaient être considérés comme conjoints, puisqu'ils n'avaient pas cohabité. Que la cohabitation ait été impossible en raison de leurs emplois (Obringer travaillait aux États-Unis et Kennedy, au Canada), qu'ils aient passé ensemble toutes les fins de semaine et les vacances, qu'ils n'aient pas eu la possibilité de se marier, ce qui aurait éliminé la nécessité de la cohabitation, et que la seule héritière soit la fille d'un cousin de Kennedy, n'a pas affecté la décision. Dans le second cas, Modopoulos[101] avait cohabité pendant près de 14 ans avec sa conjointe, Breen, qui lui avait légué tous ses biens sauf la résidence familiale d'une valeur de 400 000 dollars qu'elle possédait conjointement avec sa mère. La résidence étant en propriété conjointe revenait automatiquement à la mère, laquelle a évincé Modopoulos moins d'un mois après le décès de Breen. Afin de se défendre contre une poursuite de la mère qui prétendait qu'une somme de 45 000 dollars, soit la valeur de la succession, lui était due, Modopoulos a revendiqué le

statut de personne à charge. La Cour a conclu qu'elle n'était pas une personne à charge. Au contraire, c'était elle qui, dès le début de la maladie de Breen et pendant six ans, avait été la seule à subvenir aux besoins du couple, y compris l'achat des médicaments, les travaux ménagers, le coût des améliorations, des assurances et des taxes foncières pour la résidence familiale. De plus, selon la Cour, Modopoulos devait démontrer que Breen n'avait pas prévu adéquatement pour la personne à charge. Cela s'avérait douteux en l'espèce, puisque Modopoulos était la seule bénéficiaire et qu'elle n'était pas dans le besoin : « elle est jeune, en santé, n'a pas de personne à charge et peut subvenir à ses besoins[102] » *[traduction].*

La Colombie-Britannique a tenté, en juillet 1999, d'éliminer par un projet de loi[103] la distinction entre les conjoints de fait hétérosexuels et homosexuels. Lorsque la loi entrera en vigueur à une date indéterminée, les conjoints ayant cohabité de manière conjugale pendant au moins deux ans avant le décès de l'*ab intestat* auront alors les mêmes droits que les personnes mariées.

Au Québec, le soutien de la personne à charge n'existe qu'à des fins très limitées. Seuls les époux et les enfants peuvent se prévaloir des dispositions relatives à la survie de l'obligation alimentaire. En vertu de l'article 684 du *Code civil*, ce recours ne peut être exercé que par le créancier d'aliments et doit l'être dans les six mois après le décès. La créance peut avoir été établie par ordonnance ou contrat. Toutefois, comme nous l'avons vu à la section sur le soutien, seuls les époux et les enfants ont droit aux aliments, ce qui exclut pour les conjointes de fait la possibilité d'obtenir du soutien à l'encontre de la succession.

2.3 Conclusion

Dans ce chapitre, nous avons donné un bref aperçu du droit familial privé et tenté d'en dégager l'état de la reconnaissance de la conjugalité lesbienne. Nous avons ainsi constaté que, dans toutes les provinces canadiennes, le mariage demeure l'apanage des personnes hétérosexuelles. Toutefois, l'adoption aux Pays-Bas d'une loi accordant aux couples de même sexe le droit de se marier obligera le Canada à reconnaître ces mariages, conformément aux règles du droit privé international. Cette situation juridique pourrait favoriser à brève échéance la tenue au pays de débats sur cette question et ouvrir la voie à une réinterprétation de la common law et du *Code civil* québécois, qui limitent actuellement le mariage aux personnes de sexe opposé.

Néanmoins, la tendance observée actuellement chez les législateurs canadiens est d'accorder aux couples de même sexe les mêmes droits et obligations qu'aux conjoints de fait hétérosexuels, à l'exception de certaines dispositions concernant l'adoption et de la filiation. C'est ce qu'atteste notamment l'adoption de la *Loi 32* au Québec, de lois particulières dans certaines provinces comme la Colombie-Britannique et de récentes décisions judiciaires. L'inclusion des couples de même sexe dans la définition juridique de la notion de conjoint se réalise toutefois de manière graduelle et inégale, comme l'illustrent les dispositions de la *Loi 5* en Ontario, et plus généralement la variabilité des statuts conjugaux accordés aux couples de gais et de lesbiennes dans les provinces canadiennes. Ces réformes à la pièce produisent un régime de droit familial privé asymétrique et incohérent parce qu'elles sont la plupart du

temps le résultat de contestations judiciaires plutôt que celui d'une volonté politique affirmée de mettre fin à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Nous avons également constaté dans ce chapitre que la résistance quant au droit à l'égalité pour les couples de même sexe traverse toutes les frontières provinciales lorsqu'il est question des enfants et de la famille biparentale lesbienne ou gaie. Qu'il s'agisse du soutien, de la garde ou de l'adoption des enfants, les conjointes lesbiennes ne bénéficient toujours pas de la même reconnaissance que celle accordée aux conjoints hétérosexuels par rapport à l'enfant de leurs partenaires. Cela n'est pas étonnant puisque la procréation et la parentalité ont historiquement servi de justification au déni d'une reconnaissance juridique aux conjugalités lesbienne et gaie[104]. Maintenant que les décideurs ont reconnu que conjugalité et parentalité ne sont pas inextricablement liées, il reste à les convaincre qu'un enfant peut s'épanouir avec deux mères. Dans le meilleur intérêt de l'enfant, l'État devrait appuyer dans le droit privé, dans ses programmes d'assistance et d'assurance, et dans le régime fiscal, le projet parental sans distinction de l'orientation sexuelle des parents.

Nous avons aussi relevé le fait qu'à des degrés divers et dans des conditions variables selon les provinces, les couples hétérosexuels vivant en union de fait ont obtenu des droits et des devoirs plus ou moins équivalents à ceux des personnes mariées. Dans les provinces de common law, l'évolution s'est surtout faite au chapitre du soutien alimentaire, mais dans le domaine des biens, y compris les biens successoraux, la distinction entre le mariage et l'union de fait persiste.

Le Québec se distingue puisqu'il a préféré maintenir les conjoints de fait hors du droit familial privé que régit le *Code civil*. Or, cette différence entre le Québec et les provinces de common law prend une ampleur insoupçonnée quand il est question de l'inclusion des couples lesbiens et gais. Au Québec, à l'instar des provinces de common law, les modifications législatives élargissant les droits et les devoirs des conjoints de même sexe ont pris pour norme les droits et les devoirs rattachés à la conjugalité de fait hétérosexuelle. Le législateur a volontairement choisi de ne pas attribuer de statut juridique aux couples qui vivent en union de fait dans le *Code civil du Québec* et ce, peu importe le nombre d'années de vie commune et l'orientation sexuelle des partenaires. Toutefois, même si le *Code civil* ne réglemente pas le statut des conjoints de fait, le législateur a accordé à ces couples, au fil des années, certains bénéfices et certaines obligations dans les lois particulières et les régimes publics. Les couples de lesbiennes ne bénéficient donc pas au Québec des droits relatifs à la propriété des biens, à la résidence familiale, à la pension alimentaire, à l'héritage sans testament ou au consentement aux soins en cas d'inaptitude — droits tous consentis aux seuls époux dans le *Code civil*. Par conséquent, l'élimination de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle devra, au Québec, se doubler d'un débat sur l'inclusion plus générale des unions de fait dans le *Code civil*.

La similarité entre les droits et les obligations des conjoints vivant en union de fait et ceux des époux devient encore plus évidente lorsqu'on aborde la place qu'occupent la conjugalité et la

parentalité dans les programmes d'aide, d'assistance et de fiscalité. L'étude de ces programmes dans le chapitre suivant complète notre description du droit familial.

Notes du chapitre 2

[1] Art. 91(26), *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.U.) 30 et 31 Vict. C.3.

[2] Art. 92(12), *ibid.*

[3] *Loi sur le mariage(dégrés prohibés)*, L.R.C. 1985, c. M-2.

[4] *Renvoi relatif aux lois sur le mariage* [1912] A.C. 880.

[5] « Canadian Marriage Challenge », GayLaw Net staff report (26 octobre 1998) dans le document archivé : « Canada DP Immigration, Lawsuit », NewsPlanet Staff (7 janvier 1998) disponible sur Internet : <http://www.planetout.com>.

[6] *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., C-12, art. 10.

[7] *Layland* c. *Ontario* (*Minister of Consumer and Commercial Relations*) (1993), 14 O.R. (3e) 658, (Div.gén.). Voir l'annexe 1 pour plus de détails sur cette décision.

[8] *Ibid.*, p. 666-667.

[9] En juillet 2000, ÉGALE rapportait que la ville de Toronto ainsi qu'un groupe de six couples avaient engagé devant les tribunaux ontariens des contestations judiciaires face au déni du droit au mariage pour les personnes de même sexe. Il rapportait aussi qu'en Colombie-Britannique, une plainte pour le même motif avait été déposée par Murray Warren et Peter Cook devant la Commission des droits de la personne de cette province. De plus, après avoir jugé discriminatoire le refus d'une licence de mariage au couple de lesbiennes formé par Cynthia Callahan et Judy Lightwater, le procureur général de la Colombie-Britannique a porté la cause devant les tribunaux. Voir <http://www.islandnet.com/|~egale/equal marriage.htm>, consulté le 6 septembre 2000.

[10] Le gouvernement des Pays-Bas a adopté le 12 septembre 2000 une loi accordant aux couples homosexuels le droit de se marier. Cette loi, entrée en vigueur le 1er janvier 2001, reconnaît aux gais et aux lesbiennes tous les droits liés au mariage, la seule limite étant, pour des raisons de politique étrangère, l'accès à l'adoption internationale. Voir Martha Bailey (1999) et <http://coc.guts.nl/index.html?file=marriage>, consulté le 12 septembre 2000.

[11] Il s'agit d'une résolution adoptée par l'African National Congress le 20 décembre 1997. Voir à ce propos McCarthy et Radbord (1998, p. 120).

[12] *Hansard* n° 240, 1999, 1020-1355.

[13] « Most in poll want gay marriages legalized: 53% support idea despite MP's vote to uphold status quo », *Globe and Mail*, 10 juin 1999, p. A1.

[14] 414-426 C.c.Q.

[15] 432 C.c.Q.

[16] 391 C.c.Q.

[17] 392 C.c.Q.

[18] 82 C.c.Q.

[19] 394 et 395 C.c.Q.

[20] 396 C.c.Q.

[21] 401 C.c.Q.

[22] 403-408 C.c.Q.

[23] 423 C.c.Q.

[24] Même si la prestation compensatoire peut être accordée pour l'apport normal aux charges du ménage, par exemple une contribution financière aux charges qui ne tiendrait pas compte des écarts de revenus ou une prise en charge du soin des enfants telle que l'époux est libéré pour se consacrer à ses affaires qui profitent, grand nombre de réclamations sont déboutées en raison de la difficulté à faire la preuve de l'enrichissement de l'un et de démontrer le lien causal, direct ou indirect, entre la contribution de l'épouse et l'enrichissement de l'autre. Voir *S.D.* c. *A.L.* [1999] J.Q. n° 1487 (C. sup.Q., Ch. fam.); *M.C.* c. *J.T.* [1999] J.Q. n° 4414 (C. sup.Q., Ch. fam.); *L.P.* c. *R.H.* [1999] J.Q. n° 433 (C. sup.Q., Ch. fam); *H.S.K.* c. *A.K.* [1999] J.Q. n° 1075 (C. sup.Q., Ch. fam); *M.K.* c. *M.A.K* [1997] A.Q. n° 459. (C. sup.Q., Div.); *M.E.M.* v. *P.L* [1992] 1 R.C.S. 183 (C.S.C.); *Lacroix* c. *Valois* [1990] 2 R.C.S. 1259 (C.S.C.).

[25] Dans l'affaire *Miron* c. *Trudel* [1995] 2 R.C.S. 418 où l'on contestait la loi ontarienne sur l'assurance automobile alléguant qu'elle établissait une distinction discriminatoire entre les personnes mariées et les conjoints de fait, la juge McLachlin faisait remarquer au par. 155 : « Dernièrement, les législateurs et les juristes dans l'ensemble du pays ont reconnu que c'est ignorer les valeurs ou les réalités sociales de l'heure que d'établir entre les couples qui cohabitent une distinction fondée sur le fait qu'ils sont légalement mariés ou non. [...] 63 lois ontariennes n'établissent actuellement aucune distinction entre partenaires mariés et partenaires non mariés qui ont cohabité dans une union conjugale. [...] D'autres provinces ont adopté des critères de base similaires. Dans le domaine judiciaire, les juges ont reconnu le droit des conjoints non mariés au partage des biens familiaux par application de la doctrine de l'enrichissement sans cause : *Pettkus* c. *Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter* c. *Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980. Il ressort de tout cela que l'on reconnaît que c'est souvent à tort que l'accès au même bénéfice de la loi est refusé parce qu'une personne n'est pas mariée. »

[26] Voir à cet égard : Francine Lepage, Guylaine Bérubé et Lucie Desrochers, 1992.

[27] Dans son projet de loi C-23, *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et obligations*, le gouvernement fédéral uniformise dans toutes ses lois la durée de la cohabitation à un an.

[28] *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait, op. cit.*

[29] On utilise au Nouveau-Brunswick l'expression « biens matrimoniaux », en Ontario, « biens familiaux nets » et, au Québec, « patrimoine familial ». Quelle que soit l'expression utilisée, elle désigne habituellement les résidences utilisées par la famille, les objets ménagers, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille, les droits accumulés au titre du régime de retraite, l'argent déposé auprès d'une institution bancaire et servant aux fins du logement, du transport, ou pour des fins ménagères, éducatives, récréatives ou sociales.

[30] En Ontario, les régimes de retraite sont inclus par interprétation judiciaire de l'article 4 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 (voir *Best* c. *Best* [1999] A.C.S. n° 40).

[31] *Family Law Act*, R.S.N. 1990, F-2, art. 63.

[32] *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, tel que modifié par la *Family Relations Amendment Act*, 1997 (procl. 4 février 1998), art. 120.1 : « (1) Si des partenaires qui ne sont pas mariés concluent une entente, les parties 5 et 6 régissent (a) l'entente en question et (b), si telles mesures sont visées par l'entente, (i) une rente, (ii) une pension ou un intérêt dans un régime de pensions, (iii) un régime d'épargne-logement ou (iv) des avoirs non décrits aux sous-alinéas (i) à (iii) [...]. (3) Dans l'application de la partie 5 ou 6 aux fins du présent article, le terme "mariage" doit être pris au sens d'une relation de type matrimonial entre deux partenaires qui ne sont pas mariés l'un à l'autre *[traduction]* ».

[33] Commission de la réforme du droit de la Nouvelle-Écosse, *Réforme du droit concernant les biens matrimoniaux en Nouvelle-Écosse*, mars 1997.

[34] Commission de la réforme du droit de l'Ontario, *Report on Family Property Law*, 1993.

[35] En dépit des modifications de février 1998, *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, tel que modifié par la *Family Relations Amendment Act*, 1997 (procl. 4 février 1998), les parties 5 (les biens matrimoniaux) et 6 (les régimes de retraite) ne s'appliquent pas automatiquement aux conjoints de fait. L'article 1 se lit comme suit : « le terme "conjoint" désigne une personne (a) qui est mariée avec une autre, (b) à l'exception des parties 5 et 6, qui a cohabité avec une autre personne, dans une relation de type matrimonial, pendant au moins deux ans si la demande présentée en vertu de cette loi l'est dans l'année qui suit la fin de la période de cohabitation et, aux fins de la présente loi, la relation de type matrimonial peut être entre des personnes de même sexe [...] *[traduction]* » (soulignement ajouté). Cependant, à la Partie 9, l'art. 120.1 prévoit que, si les conjoints de fait concluent un contrat domestique, les parties 5 et 6 de la *Loi* s'appliqueront.

[36] *Miron* c. *Trudel* [1995] 2 R.C.S. 418.

[37] *Watch* c. *Watch* [1999] S.J. n° 490, F.L.D. n° 229 of 1999 (CBR, Sask. 19 juillet 1999).

[38] *Bracklow* c. *Bracklow* [1999] 1 R.C.S. 420, par. 32.

[39] *M.* c. *H.* [1999] 2 R.C.S. 3, par. 93.

[40] Il s'agit de l'une des deux seules mentions de la notion de « conjoint de fait » (appelé « concubin ») dans le *Code civil du Québec.*

[41] 1938 C.c.Q.

[42] Par exemple, en Ontario, la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3 art. 21.

[43] *Ibid.* à l'art. 24. Dans *Williams* c. *Hudson*, [1997] O.J. n° 4649, 7 novembre 1997 (Ont. Gen. Div.) (Wright, J.), la Cour a accordé une autorisation d'en appeler reconnaissant la nécessité de clarifier si une ordonnance de possession exclusive peut être accordée à des conjoints de fait. La Cour note alors que la jurisprudence est contradictoire, puisque certains juges associent ce droit à la partie de la loi traitant du soutien, à laquelle sont assujettis les conjoints de fait, alors que d'autres l'associent à la partie traitant des biens familiaux, à laquelle ne sont pas assujettis les conjoints de fait. Il a été impossible de retrouver la décision rendue en appel. En Île-du-Prince-Édouard, au Nouveau-Brunswick, à Terre-Neuve et au Yukon, le pouvoir d'accorder la possession exclusive du foyer familial est associé à l'ordonnance de soutien et, par conséquent, est possible pour les conjoints de fait.

[44] *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H., op. cit.*

[45] Partie 10, art. 124, *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, tel que modifié par la *Family Relations Amendment Act*, 1997 (procl. 4 février, 1998).

[46] *M.* c. *H., op. cit.*

[47] En Ontario : « contrats familiaux ».

[48] *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, tel que modifié par la *Family Relations Amendment Act*, 1997 (procl. 4 février, 1998), art. 120.1; *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H., op. cit*, art. 23 et 24.

[49] Une partie prétend qu'elle formait avec son conjoint une société semblable à une société commerciale, mais que celle-ci était tacite. Elle prétend aussi que les termes de la société prévoyait que les biens détenus par une partie appartenait à la société.

[50] En invoquant la présence d'un contrat de prête-nom, on prétend que le propriétaire apparent n'est pas le propriétaire réel; que même si, par exemple, le conjoint du propriétaire légal a agi sur le bien comme s'il en était le seul propriétaire, en fait il avait un mandat occulte d'agir, mais le bien ne lui a jamais été transféré. Par conséquent, le bien ou une partie du bien appartient réellement à la partie qui invoque l'existence d'un contrat de prête-nom.

[51] *Loi sur le droit de la famille, op. cit.*, art. 30.

[52] *Ibid.*, par. 34(4).

[53] *Ibid.*, art. 29 tel que modifié par la *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H*, art. 2.

[54] On considérera notamment : le résultat du partage des biens; la capacité de la personne à charge de subvenir à ses besoins; l'âge et la santé physique et mentale des parties; les besoins de la personne à charge, compte tenu du niveau de vie habituel lorsque les parties résidaient ensemble; les mesures à la disposition de la personne à charge pour qu'elle devienne capable de subvenir à ses besoins; le temps et l'argent nécessaires à la prise de ces mesures; toute autre obligation légale pour l'intimé ou la personne à charge de fournir des aliments à une autre personne; l'opportunité que la personne à charge ou l'intimé reste à la maison pour prendre soin d'un enfant; l'apport de la personne à charge à la réalisation du potentiel professionnel de l'intimé; la durée de la cohabitation; l'effet des responsabilités dont le conjoint ou le partenaire de même sexe s'est chargé pendant la cohabitation sur sa capacité de gain; les soins que le conjoint ou le partenaire de même sexe a fourni à un enfant qui a 18 ans ou plus et qui est incapable en raison d'une maladie, d'une invalidité ou d'un autre motif, de se soustraire à la dépendance parentale; les travaux ménagers ou domestiques que le conjoint a fait pour la famille, ainsi que les soins donnés aux enfants; et, finalement, les autres droits alimentaires de la personne à charge, sauf ceux qui seraient prélevés sur les deniers publics. *Loi sur le droit de la famille, op. cit.*, par. 33(9). Dans le cas d'un partenaire de même sexe, on tient compte uniquement des travaux ménagers et des soins donnés aux enfants au bénéfice de la famille de l'intimé.

[55] *Ibid.*, par. 33(3); la Colombie-Britannique a une disposition similaire au par. 91(5) de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, tel que modifié par la *Family Relations Amendment Act*, 1997 (procl. 4 février, 1998).

[56] *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, tel que modifié par la *Family Relations Amendment Act*, 1997 (procl. 4 février, 1998), art.1.

[57] *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfant,* DORS/97-175.

[58] *Loi sur le droit de la famille,* par. 33(3), *op. cit.*

[59] *Loi sur le droit de la famille, op. cit.*, par. 1(1). Le Nouveau- Brunswick, le Manitoba, l'Île-du-Prince-Édouard et la Saskatchewan ont des dispositions similaires : *Loi sur les services à la famille* L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 113 et art.1, définition de « parent »; *Family*

Law Reform Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-3, s. 1(a); *The Family Law Act*, S.N. 1988, c. 60, s. 37(1), s. 2(d); *Family Maintenance Act*, S.S. 1997, c. F-6.2, s. 2.

[60] *Loi sur le droit de la famille, op. cit.*, par. 1(1) « père ou mère ».

[61] *Bradbury* c. *Mundell* (1993) 13 O.R (3e) 269 (Div. gén.), cité avec approbation par la Cour suprême du Canada dans *Chartier* c. *Chartier* [1999] 1 R.C.S. 242, par. 23.

[62] *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, tel que modifié par la *Family Relations Amendment Act*, 1997 (procl. 4 février, 1998), art. 1. définition de « parent » alinéa b). Pour une interprétation de l'expression « au moins un an », voir *S.E.H.* c. *S.R.M.* [1999] B.C.J. N° 1458 (C.S.C.-B., 8 juin 1999).

[63] [1998] B.C.J. N° 3186 (C. prov. C.-B., 11 déc. 1998).

[64] Ce n'est plus le cas pour certaines mesures fiscales avec le projet de loi C-23. D'autres distinctions restent entre mariés et non-mariés en raison des exigences de la durée de la relation.

[65] Par exemple, la loi ontarienne prévoit que l'ensemble de la situation doit être prise en compte, « notamment : a) l'amour, l'affection et les liens affectifs qui existent entre l'enfant et : (i) chaque personne qui sollicite la garde de l'enfant ou un droit de visite, (ii) les autres membres de la famille de l'enfant qui habitent avec lui, (iii) les personnes qui soignent et éduquent l'enfant; b) le point de vue et les préférences de l'enfant, s'ils peuvent être raisonnablement déterminés; c) la durée de la période pendant laquelle l'enfant a vécu dans un foyer stable; d) la capacité et la volonté de chaque personne qui sollicite la garde de l'enfant de lui donner des conseils, de s'occuper de son éducation, de lui fournir les objets de première nécessité et de satisfaire ses besoins particuliers; e) tout projet proposé en ce qui concerne l'éducation de l'enfant et les soins à lui donner; f) le caractère permanent et stable de la cellule familiale où l'on propose de placer l'enfant; g) les liens du sang ou les liens établis en vertu d'une ordonnance d'adoption qui existent entre l'enfant et chaque personne qui est partie à la requête ou à la motion. », *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, C.12, par. 24(2).

[66] Pour une analyse critique des stéréotypes et des préjugés à l'encontre de la capacité parentale des gais et des lesbiennes, voir *K (Re)* [1995] O.J. 1425 (C. prov. Ont., 24 mai 1995).

[67] *Loi portant réforme du droit de l'enfance, op. cit*, art. 28.

[68] Comme le démontre la cause *Shoemaker* v. *Blais*, [1999] O.J. N° 837 (Div. gén., 16 mars 1999), le phénomène des familles reconstituées pose de nouveaux défis. Dans cette affaire, M[me] Shoemaker, la mère biologique, avait obtenu des droits de visite et les droits de garde avaient été attribués à M. Arthur, le père biologique, qui subséquemment devint le conjoint de fait de M[me] Blais. Par la suite, au moment de la dissolution de la relation Arthur-Blais,

M. Arthur perdit la garde et celle-ci fut conférée conjointement à M^mes^ Shoemaker et Blais. Toutefois, puisque ces dernières ne réussissaient pas à s'entendre, la garde exclusive fut finalement attribuée à M^me^ Blais.

[69] Voir la section 2.2.3, Les contrats domestiques.

[70] *Loi portant réforme du droit de l'enfance, op. cit*, art. 69.

[71] *Ibid.*, par. 61(1) : « Quiconque a le droit de garde d'un enfant peut, par testament, conférer la garde de l'enfant, après sa mort, à une ou plusieurs personnes. » Ce droit de transmettre ne s'applique pas si la garde est conjointe, par. 61(4).

[72] *Loi portant réforme du droit de l'enfance, op. cit*, par. 20(2).

[73] *Ibid.*, par. 20(5).

[74] *Buist* c. *Greaves* [1997] O.J. n° 2646 (C. Ont. Div. gén.).

[75] *Loi portant réforme du droit de l'enfance,* par. 62(3).

[76] *Family Relations Act, op. cit.*, par. 22(1).

[77] 605 C.c.Q.

[78] 606 C.c.Q.

[79] *N.P. (Re)* [1999] J.Q. n° 5002 (C.S.Q. Ch. de la fam., 25 oct. 1999).

[80] *Ibid.* Bien que la cause ne soit identifiée que par des initiales afin de préserver l'anonymat, les requérantes ont choisi de rendre leur cause publique et ont accordé une entrevue à *La Presse*, « La vie quotidienne de bébé Léo avec ses parents lesbiens », lundi 8 novembre 1999, p. A-11. Voir aussi le *Globe and Mail*, « What Is the Ideal Family. The Lesbian Couple Are Unlikely Trailblazers, But They Are Fighting For Parental Rights to Protect Their Son and Unborn Baby », vendredi 7 janvier 2000, p. A-16.

[81] Sans plus d'explications au sujet de ces articles, le juge affirme : « Il ressort clairement des articles 597 à 600 que les titulaires conjoints de l'autorité parentale sont les père et mère de l'enfant ». *N. P. (Re), op. cit.*, par. 10.

[82] *A (Re)* [1999] A.J. n° 1349 (C.B.R., 26 nov. 1999).

[83] 579(2) C.c.Q.

[84] *Child Welfare Act* R.S.A. 1980 c. C-8.1, par. 59(3) tel que modifié par la *Miscellaneous Statutes Amendment Act*, S.A. 1999, c. 26, s. 4 (mai 1999).

[85] *N. P. (Re), op. cit.*, par. 31.

[86] *K. et al. Re* (1995), 23 O.R. (3e) 679 (Div. prov. Ont.); *C.E.G. (n° 2) (Re)* [1995] O.J. n° 4073 (Div. gén. Ont.).

[87] Voir Benjamin Freedman, P.J. Taylor, Thomas Wonnacott and Katherine Hill, « Criteria for Parenting in Canada: A Comparative Survey of Adoption and Artificial Insemination Practices », 3 C.F.L.Q. 35, p. 43. L'étude affirme que 84 p. 100 des intervenants des services d'adoption ayant répondu à cette enquête canadienne rejetterait une candidate lesbienne qui vit une relation stable avec une autre femme. Fait étonnant, les couples où l'un des deux partenaires avait un passé d'abus sexuel ou de négligence étaient évalués plus positivement que les couples de lesbiennes.

[88] *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* L.R.O. 1990, C.11.

[89] *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H., op. cit.*, art. 6.

[90] *Adoption Act* RSBC 1996 c-5, art. 5 et 29.

[91] *Ibid.*, par. 29(2).

[92] 398(2) C.c.Q.

[93] *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, S.26, art. 45.

[94] O. REG. 54/95.

[95] *Loi portant réforme du droit des successions, op. cit.*, art. 46.

[96] *Ibid.*, par. 47(1).

[97] 666 C.c.Q.

[98] *Loi portant réforme du droit des successions, op. cit.*, définition à l'article 1 : « "conjoint", soit l'homme, soit la femme qui, selon le cas : a) sont mariés ensemble, b) ont contracté, de bonne foi selon la personne qui fait valoir un droit en vertu de la présente loi, un mariage nul de nullité relative ou absolue. »

[99] *Ibid.*, art. 57.

[100] *Obringer* c. *Kennedy Estate*, [1996] O.J. n° 3181(C. Ont. Div. gén.).

[101] *Modopoulos* c. *Breen Estate*, [1996] O.J. n° 2738 (C. Ont. Div. gén.).

[102] *Ibid.*, par. 21.

[103] *Definition of Spouse Amendment Act*, C.-B., loi 100 proclamée le 15 juillet 1999 (le règlement établissant la date d'entrée en vigueur n'avait pas été adopté au moment de la rédaction de ce rapport).

[104] À titre d'exemple, voir le raisonnement du juge Laforest dans *Egan* : « Dans Miron c. Trudel, mon collègue le juge Gonthier a pris grand soin d'analyser l'importance fondamentale du mariage comme institution sociale, et je n'ai pas à reprendre son analyse en longueur ni à renvoyer aux décisions qu'il a citées. Qu'il suffise de dire que le mariage est depuis des temps immémoriaux fermement enraciné dans notre tradition juridique, qui elle-même est le reflet de traditions philosophiques et religieuses anciennes. *Mais la véritable raison d'être du mariage les transcende toutes et repose fermement sur la réalité biologique et sociale qui fait que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer, que la plupart des enfants sont le fruit de ces unions et que ce sont ceux qui entretiennent ce genre d'union qui prennent généralement soin des enfants et qui les élèvent. Dans ce sens, le mariage est, de par sa nature, hétérosexuel.* On pourrait le définir sur le plan juridique de façon à y inclure les couples homosexuels, mais cela ne changerait pas les réalités biologiques et sociales qui sous-tendent le mariage traditionnel (italique ajouté) » (*Egan* c. *Canada* [1995] 2 R.C.S. 513, par. 21).

3 : INCLUSION DES COUPLES DE MÊME SEXE ET DE LEURS FAMILLES DANS LES PROGRAMMES CANADIENS DE SOUTIEN DU REVENU

3.1 Mise en contexte

Actuellement, les gouvernements fédéral et provinciaux tiennent compte du statut conjugal dans toutes sortes de programmes. Dans certains cas, les personnes reconnues comme conjointes bénéficient financièrement de cette reconnaissance, alors que dans d'autres, elles en sont pénalisées. Les lesbiennes accordent une très grande importance à la reconnaissance juridique de leurs couples, mais elles se soucient également des conséquences économiques de leur inclusion dans les régimes fiscaux et les programmes canadiens de soutien du revenu, comme nous le verrons au chapitre suivant. Quoique le présent chapitre traite surtout de la relation conjugale entre deux adultes, nous verrons que la présence ou l'absence d'enfants est intimement liée aux motifs de la reconnaissance de la relation conjugale. Pour cette raison, nous intégrons cette dimension dans l'analyse.

Dans la première section du chapitre, nous présentons une description des programmes de soutien du revenu et des mesures fiscales qui tiennent compte du statut de conjoint. Nous soulignons si les couples de lesbiennes sont actuellement reconnus[1] aux fins de ces programmes et quels en sont, pour eux, les impacts financiers. Vu le très grand nombre de programmes, nous les avons regroupés en cinq catégories : les programmes universels, les programmes d'assistance, la fiscalité, les assurances publiques et les assurances privées. Nous les décrivons sommairement selon que la reconnaissance d'une conjointe de même sexe est avantageuse ou non.

La deuxième section du chapitre examine d'un oeil critique les fondements des différents programmes afin d'en dégager les objectifs et les prémisses idéologiques. Nous verrons, comme l'ont déjà souligné un grand nombre d'analystes féministes, qu'il y a souvent un grand écart entre les objectifs déclarés et les résultats concrets. Les divers programmes examinés visent à mieux protéger le revenu de l'ensemble des Canadiennes et Canadiens. Ils ciblent particulièrement les femmes et les enfants qui, actuellement, ont une incidence de pauvreté beaucoup plus élevée que les hommes. D'après Bailey (1999, p. iii), « les objectifs familiaux de l'État [...] comprennent la procréation, le maintien de milieux nourriciers stables pour les enfants, la fourniture d'un système de soutien social pour les membres de la famille et la promotion de la cohésion sociale ». Comme les programmes en question n'atteignent pas les objectifs visés, nous proposerons dans le chapitre 6 des principes pour mieux réaliser ceux-ci, mais également pour éliminer toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou le statut marital.

3.2 La place des conjoints et conjointes dans les programmes canadiens de soutien du revenu et la fiscalité

Nous avons regroupé les programmes selon les cinq catégories énumérées, mais aussi en fonction de la juridiction : les programmes fédéraux, les programmes offerts dans la

plupart des provinces et les programmes propres au Québec. Notons que le Québec est la seule province à gérer un régime fiscal distinct du régime fédéral (quoique les autres provinces puissent adapter le régime fédéral en ajoutant des crédits ou des surtaxes) et à avoir créé son propre régime de rentes. Le Québec a aussi innové, beaucoup plus que les autres provinces, en matière de programmes de soutien du revenu, notamment en ce qui concerne les familles. Lorsqu'une disposition du régime fiscal fédéral s'applique également au régime québécois en raison de l'harmonisation de ces deux régimes, nous ne l'avons pas inscrite une seconde fois.

3.2.1 Les programmes universels

Un État fournit un programme universel parce qu'il considère que le service rendu ou le revenu ainsi offert fait partie du niveau de vie essentiel à tout membre de la société. L'accès à ces programmes est un droit de citoyenneté[2] et il traduit une solidarité sociale entre les différents membres d'une société.

La notion de « conjoint » est pratiquement absente des programmes universels, ce qui réduit la probabilité de discrimination systémique en fonction du sexe, de l'orientation sexuelle, du statut marital ou du statut familial. Pour avoir droit aux divers avantages, il n'est pas nécessaire de participer au marché du travail ni d'être pauvre. De plus, comme ces avantages ne sont pas liés au revenu de la conjointe ou du conjoint, ils contribuent à contrecarrer la dépendance financière des femmes et d'autres personnes à faible revenu. Au Canada, les programmes universels comprennent surtout l'assurance-maladie, l'assurance-hospitalisation, l'éducation primaire et secondaire, ainsi que l'enseignement postsecondaire, à un moindre degré.

Malheureusement, les lesbiennes et les gais demeurent confrontés à certaines mesures discriminatoires dans ces programmes, ce qui en remet en question la portée universelle. Par exemple, pour bénéficier de la pension de la Sécurité de la vieillesse (mesure quasi universelle), il faut avoir résidé au Canada un certain nombre d'années. On considère qu'une personne, ainsi que sa conjointe ou son conjoint, réside au Canada même si elle est physiquement absente lorsqu'elle travaille au service de certains organismes internationaux ou canadiens. Jusqu'à l'adoption de la loi C-23 au fédéral, les conjointes et conjoints de même sexe n'étaient pas reconnus à ces fins[3]. Les lois provinciales sur l'assurance-maladie et l'assurance-hospitalisation prévoient des dispositions similaires en ce qui concerne la résidence[4]. Pour l'instant, seuls le Québec, l'Ontario et la Colombie-Britannique reconnaissent les conjointes et conjoints de même sexe dans leurs lois.

Les 20 dernières années ont été marquées par l'érosion progressive des programmes universels. Ainsi, les allocations familiales fédérales ont été abolies définitivement en 1993 et la pension de la Sécurité de la vieillesse (PSV) n'est plus offerte depuis 1989 aux personnes âgées à revenu moyen élevé (Rose, 1998b; Conseil national du bien-être social, 1999a). Le Québec, seule province à offrir des allocations familiales universelles en 1988 (Santé et Bien-être social Canada, 1989, p. 43-47), y a mis fin en 1997. Les compressions dans les domaines de la santé et de l'éducation, et la privatisation d'une partie de leurs

services ainsi que de certains services municipaux, en menacent maintenant le caractère universel.

Il en résulte une polarisation croissante non seulement des revenus, mais aussi du bien-être, à mesure que la tranche la plus pauvre de la population perd le droit à ces services et qu'une grande partie de la classe moyenne se retrouve avec des services de qualité moindre. D'un côté, les gouvernements prétendent qu'il faut diriger prioritairement l'aide publique vers les ménages les plus pauvres, mais de l'autre, ils coupent les montants alloués à ceux-ci. Pour justifier leurs actions, ils prétextent parfois la nécessité d'économiser, parfois celle d'empêcher la dépendance des pauvres envers l'État.

3.2.2 Les programmes d'assistance

Les programmes d'assistance visent à aider les personnes les plus démunies de la société. En conséquence, ils comportent une évaluation du revenu et, lorsque celui-ci dépasse un seuil préétabli, la prestation est récupérée[5]. Les programmes d'assistance sont presque tous fondés sur le concept du « revenu familial », puisque l'objectif est de renvoyer les gens aux ressources privées avant de leur accorder un soutien étatique. Ils reposent sur la prémisse que les conjoints se doivent un soutien mutuel.

Certains programmes d'assistance, comme l'aide sociale, ont toujours considéré les conjoints de fait hétérosexuels comme membres d'une famille au même titre que les époux mariés. D'autres ne les ont intégrés qu'à compter de 1993, au moment où les lois fiscales ont commencé à les traiter comme des couples mariés.

Sauf exception, il est désavantageux de faire reconnaître une conjointe ou un conjoint dans les programmes d'assistance. En effet, le revenu de celle-ci ou de celui-ci pourrait être suffisant pour faire perdre l'admissibilité ou, à tout le moins, une partie du montant alloué. De plus, les programmes d'assistance accordent presque toujours des montants moindres à un couple (ou même à deux personnes partageant un logement) qu'à deux personnes indépendantes. Cette pratique repose sur l'hypothèse que pour deux personnes, il coûte moins cher de vivre ensemble que de vivre séparément. Les économies se réalisent surtout au niveau du logement et des frais afférents (téléphone, meubles, électricité et chauffage). Lorsque les deux personnes partagent une chambre à coucher et mènent une vie commune, il peut y avoir des économies additionnelles, mais celles-ci sont faibles au niveau de subsistance visé par les programmes d'assistance[6]. Notons également que le fait d'accorder un poids très faible à la deuxième personne pour les fins d'une prestation d'assistance décourage la formation des familles et encourage la fraude en ce qui concerne la déclaration d'une relation conjugale.

Les programmes d'assistance représentent donc le principal lieu où les couples de même sexe retirent un avantage du fait que leur conjugalité n'est pas reconnue. Il s'agit de ce que Lahey (1999a) appelle les « *queer benefits* ». Lorsque les lesbiennes sont finalement reconnues comme conjointes (ou partenaires de même sexe) — dans la *Loi 32* au Québec et la *Loi 5* en Ontario ou dans le projet de loi C-23 au fédéral (*Loi sur la modernisation de*

certains avantages et obligations) — elles perdent donc l'avantage de la non-reconnaissance dans les programmes d'assistance.

Nous traiterons maintenant plus en détail des programmes d'assistance publique suivants :

- les programmes provinciaux d'aide sociale;
- les programmes fédéraux pour les personnes âgées, soit la pension de la Sécurité de la vieillesse (PSV), le Supplément de revenu garanti (SRG) et l'Allocation au conjoint (AAC);
- les régimes fédéral et québécois des prêts et bourses pour les études postsecondaires;
- les prestations ciblées pour enfants et la problématique particulière des mères monoparentales.

Nous terminerons en dressant une liste d'autres programmes d'assistance pour lesquels il est désavantageux de faire reconnaître un conjoint ou une conjointe.

Les programmes provinciaux d'aide sociale

Depuis le 16 juin 1999, au Québec, les couples de lesbiennes et de gais sont traités comme des conjoints de fait aux fins de l'aide sociale si elles ou ils sont majeurs, vivent maritalement et, « à un moment donné, ont cohabité pendant une période d'au moins un an[7] ». Cela signifie, par exemple, qu'une mère lesbienne avec son enfant, qui reçoit de l'aide sociale et vit avec sa conjointe depuis au moins 12 mois, perdra ses prestations complètement si sa conjointe gagne plus de 1 200 dollars par mois. Elle les perdra partiellement si celle-ci gagne plus de 300 dollars par mois.

En Ontario aussi les couples de lesbiennes sont considérés comme des conjointes de fait aux fins de l'aide sociale depuis le 20 novembre 1999. Si elles ont une entente à l'égard de leurs relations financières ou si l'une fournit un soutien financier à l'autre, elles pourraient être immédiatement considérées comme « *spouses*[8] » pour l'aide sociale. Sinon, les coupures s'appliquent seulement après trois ans de cohabitation.

Dans les autres provinces, à l'exception de la Colombie-Britannique, les couples de lesbiennes et de gais ne sont toujours pas reconnus et continuent donc de profiter de leur « privilège » d'exclusion. Certaines provinces n'exigent pas de durée minimale de cohabitation : les personnes de sexe opposé qui vivent ensemble maritalement sont considérées comme des conjoints dès le premier jour. La plupart du temps, toutefois, la règle est un an de cohabitation, comme dans la loi fiscale fédérale. Si les provinces en question légifèrent pour reconnaître les conjointes et conjoints de même sexe, elles leur appliqueront les mêmes règles qu'aux couples hétérosexuels. Notons que c'est souvent au prestataire de l'aide sociale de prouver que la personne avec laquelle elle ou il habite n'est pas sa conjointe ou son conjoint.

La pension de la Sécurité de la vieillesse et le Supplément de revenu garanti

Le gouvernement fédéral fournit un revenu minimum à toute personne âgée d'au moins 65 ans qui répond à certains critères quant à la durée de résidence au Canada. Au 1er janvier

2000, ce revenu, qui se compose en partie de la pension de la Sécurité de la vieillesse (PSV) et en partie du Supplément de revenu garanti (SRG), était de 11 028 dollars par année pour une personne seule et de 8 940 dollars pour chaque membre retraité d'un couple reconnu[9]. Autrement dit, une personne qui vit conjugalement avec un partenaire retraité reçoit environ 2 000 dollars de moins qu'une personne sans conjoint reconnu; un couple perd donc plus de 4 000 dollars. Avec l'adoption du projet de loi C-23, les couples de lesbiennes ont perdu cet avantage. Le critère pour la reconnaissance d'un conjoint de fait aux fins de la PSV et du SRG est le même que dans le régime fiscal fédéral, soit une année de cohabitation en relation matrimoniale ou le fait de cohabiter et d'avoir eu un enfant ensemble.

La PSV, d'un montant de 5 039 dollars en 2000, était universelle jusqu'en 1989. Elle est maintenant récupérée (à un taux de 15 p. 100) lorsque le revenu individuel dépasse 53 960 dollars et devient nulle quand le revenu atteint environ 86 000 dollars (Canada, ministère des Finances, 2000, p. 235). On peut donc la considérer comme « quasi universelle », puisque seules certaines personnes assez nanties ne la reçoivent pas. Comme pour les autres programmes universels, le statut marital n'affecte pas le droit d'accès, car la PSV est fondée sur l'individu. Par conséquent, les lesbiennes et les gais reçoivent le même montant que les personnes hétérosexuelles, indépendamment de la situation conjugale.

En 1996, le gouvernement fédéral a proposé de remplacer la PSV et le SRG par une nouvelle « Prestation aux aîné(e)s ». Ce programme aurait fonctionné de façon très similaire à l'ancien sauf que la partie correspondant à la PSV aurait été récupérée à partir d'un *revenu familial* de 25 921 dollars (Gouvernement du Canada, 1996), ce qui aurait eu pour effet d'enlever des montants importants à beaucoup de femmes hétérosexuelles vivant avec un conjoint et ayant un revenu familial moyen. Les groupes de femmes et de personnes âgées ont condamné vigoureusement cette proposition. Ce sont toutefois les milieux financiers qui ont convaincu le gouvernement de l'abandonner en faisant valoir que beaucoup de contribuables à revenu moyen n'auraient alors plus intérêt à investir dans un REÉR (Conseil national du bien-être social, 1999a, p. 5-6). C'est un autre exemple du processus amorcé par le gouvernement fédéral, dès la fin des années 1970, pour remplacer les programmes universels par des programmes d'assistance au détriment de l'ensemble de la population, mais surtout des femmes de la classe moyenne.

Le Supplément de revenu garanti (SRG) est un programme d'assistance qui accorde 5 989 dollars à une personne seule (ou à une personne vivant conjugalement avec une autre personne qui ne reçoit ni la PSV ni l'Allocation au conjoint dont nous discuterons plus loin). Toutefois, le supplément est de 3 901 dollars pour une personne dont le conjoint ou la conjointe reçoit la PSV ou l'Allocation au conjoint. En plus d'accorder moins à une personne vivant en couple qu'à une personne seule, le SRG diminue de 0,50 dollar pour chaque dollar de revenu (autre que celui de la PSV) que reçoit le ou la bénéficiaire ou sa conjointe ou son conjoint. Dans le cas d'un couple hétérosexuel — et d'un couple homosexuel à partir de 2001 — chaque conjoint perd 0,25 dollar pour chaque dollar de revenu. Cela signifie que la personne ayant le revenu le plus faible est pénalisée en raison du revenu de son partenaire. À titre illustratif, considérons le cas de Thérèse et Armande. Si Thérèse reçoit 8 000 dollars par

année du Régime de pensions du Canada (RPC) ou du Régime de rentes du Québec (RRQ), on déduit 2 000 dollars du SRG de sa conjointe, Armande, et 2 000 dollars du SRG de Thérèse. Thérèse aura un revenu de 14 940 dollars (5 039 dollars de la PSV qui n'est pas affecté, 8 000 dollars du RPC/RRQ, mais seulement 1 901 dollars du SRG). Armande, cependant, ne recevra que 6 940 dollars (5 039 dollars de la PSV et 1 901 dollars du SRG).

Ces pénalités appliquées aux personnes âgées vivant en couple peuvent être considérées comme la contrepartie des rentes de conjoint survivant et de l'Allocation au conjoint qui constituent des formes de subventions aux membres d'un couple reconnu en raison de leur statut marital. Notons, cependant, que si deux personnes reconnues comme conjoints ont chacune des revenus indépendants (autres que la PSV) supérieurs à 12 000 dollars, le montant du SRG sera nul pour l'un et l'autre, quel que soit leur statut marital. Dans ce cas, la reconnaissance de leur couple n'aurait pas d'impact sur leurs prestations de retraite. Puisque les hommes ont généralement des revenus de retraite indépendants beaucoup plus élevés que les femmes, on peut s'attendre à ce que la reconnaissance des couples de même sexe ait pour effet d'appauvrir beaucoup plus de lesbiennes âgées que de gais.

L'Allocation au conjoint

L'Allocation au conjoint (AAC) est un programme d'assistance prévu pour les personnes âgées de 60 à 64 ans qui vivent conjugalement avec une personne âgée d'au moins 65 ans (qui reçoit la PSV), ainsi que pour les veufs et veuves de 60 à 64 ans. C'est à peu près le seul programme d'assistance où il est utile pour les lesbiennes de se faire reconnaître comme conjointes de même sexe. Pour une personne avec conjoint, le montant maximal est égal à la somme de la PSV et du SRG que reçoit une personne de 65 ans et plus, soit 8 940 dollars par année. Cependant, le couple perd 0,75 dollar pour chaque dollar de revenu qu'il reçoit de sources indépendantes. Pour une veuve ou un veuf, le montant est moindre que celui d'une personne seule âgée de 65 ans, mais il est supérieur aux prestations de l'aide sociale.

En 1975, l'AAC a été instaurée afin d'améliorer les ressources financières d'un couple hétérosexuel vivant du seul revenu du mari lorsque celui-ci prenait sa retraite et que la femme n'avait pas encore 65 ans et n'était donc pas encore admissible à la PSV ni au SRG. Le programme comportait toutefois une anomalie : si le mari décédait avant que la femme n'ait atteint ses 65 ans, elle perdait son admissibilité à l'Allocation au conjoint. En 1979, il a été étendu aux veufs et aux veuves à faible revenu dont la conjointe ou le conjoint avait au moins 65 ans au moment de son décès et, en 1985, à tous les veuves et aux veufs hétérosexuels de 60 à 64 ans (Conseil national du bien-être social, 1999a, p. 14). Il est donc évident que ce programme discrimine en fonction du statut marital et, avant l'adoption de la loi C-23, de l'orientation sexuelle. En effet, les célibataires, les personnes divorcées ou séparées et les personnes vivant conjugalement dont les deux conjoints ont moins de 65 ans ne sont pas admissibles à l'AAC.

Rappelons que dans l'affaire *Egan* c. *Canada*[10], le plus jeune partenaire d'un couple gai s'est vu refuser l'Allocation au conjoint essentiellement parce que, de l'avis de la Cour, ce programme visait à fournir un revenu aux personnes qui s'étaient occupé d'enfants et seuls les couples hétérosexuels auraient la capacité de procréer. Notons, toutefois, que les couples

hétérosexuels ne sont pas tenus d'avoir eu des enfants pour recevoir l'AAC. Par contre, les mères monoparentales, qui ont réellement sacrifié des revenus afin de pouvoir s'occuper de leurs enfants, n'y sont pas admissibles à moins d'être veuves. Aucune mère lesbienne, quel que soit son statut marital, n'était admissible avant l'adoption de la loi C-23, à moins d'avoir été la veuve d'un conjoint masculin.

Les prêts-bourses pour les études postsecondaires

Le gouvernement fédéral a créé un programme de prêts pour les études postsecondaires à l'intention des étudiantes et étudiants de toutes les provinces et territoires à l'exception du Québec, qui administre son propre programme de prêts-bourses. Le gouvernement fédéral accorde des subventions (non remboursables, donc semblables à des bourses) aux personnes ayant une invalidité permanente, aux étudiantes et aux étudiants à temps partiel dans le besoin, aux étudiantes inscrites à certains programmes de doctorat — pour favoriser la participation des femmes à certaines disciplines — et aux étudiantes ou étudiants ayant des personnes à charge et bénéficiant déjà d'un prêt pour études[11]. De plus, depuis le 1er janvier 2000, les « bourses du millénaire » sont octroyées à certains étudiantes et étudiants selon le besoin ou selon le mérite[12].

Dans les programmes de prêts et de bourses, une personne est admissible à titre individuel. Cependant, l'évaluation de ses besoins financiers peut tenir compte d'une contribution parentale ou d'une contribution de la part de son conjoint ou de sa conjointe. Cette mesure est à double tranchant. Pour des étudiantes très jeunes (celles qui n'ont pas quitté l'école secondaire depuis assez lontemps ou qui n'ont pas été sur le marché du travail assez longtemps pour établir leur indépendance par rapport aux parents de façon individuelle), se faire reconnaître une conjointe ou un conjoint élimine l'obligation de demander une contribution parentale et peut donc leur donner droit à un prêt-bourse. Par ailleurs, il n'est pas avantageux pour une étudiante ou un étudiant déjà admissible aux prêts-bourses de faire reconnaître un conjoint ou une conjointe. Le montant du prêt est en effet réduit non seulement en fonction du revenu réel de celui-ci ou celle-ci, mais aussi en fonction d'un revenu minimum présumé (à moins de circonstances exceptionnelles).

Depuis le 1er août 2000, l'admissibilité au programme fédéral est déterminé par les diverses provinces qui, elles, définissent le terme conjoint[13]. Dans certaines provinces comme l'Alberta, on ne reconnaît que les personnes légalement mariées, ce qui exclut d'emblée les conjointes lesbiennes. En Ontario, on reconnaît aussi les conjoints de fait, y compris les conjoints de même sexe alors qu'en Colombie-Britannique, on reconnaît les conjoints de fait, mais pas ceux de même sexe[14]. Dans les autres provinces, à l'exception du Québec, que celles-ci reconnaissent ou non les conjoints de fait, les conjoints de même sexe sont exclus.

Au Québec, le régime des prêts et bourses ne reconnaît pas les conjoints de fait, hétérosexuels ou homosexuels, sauf si l'un des deux partenaires a un enfant (Québec, ministère de l'Éducation, 1999). Ainsi, depuis juin 1999, les lesbiennes ne sont reconnues comme conjointes que si leur partenaire a un enfant, puisqu'on ne leur permet pas de se marier. Elles doivent prouver leur indépendance par rapport à leurs parents par les autres

moyens prévus, soit avoir subvenu à leurs besoins depuis deux ans, avoir quitté l'école depuis au moins sept ans, avoir eu un enfant ou être enceinte de 20 semaines, ou avoir obtenu un baccalauréat. Cependant, une étudiante lesbienne monoparentale n'aurait pas intérêt à faire reconnaître sa conjointe, puisqu'elle est déjà admissible aux prêts-bourses. Par contre, sa conjointe pourrait, une fois reconnue, devenir par le fait même admissible aux prêts-bourses.

La problématique des mères monoparentales et les programmes d'assistance pour familles avec enfants

En 1944, le gouvernement fédéral a créé un programme d'allocations familiales universelles. Selon Vaillancourt (1988, p. 358), ce programme avait entre autres pour but de convaincre les femmes qui avaient intégré le marché du travail pendant la Seconde Guerre mondiale à retourner au foyer et à laisser leur place aux hommes de retour de l'armée. Il avait également des visées natalistes après une décennie et demie de crise économique et de guerre. Le caractère universel des allocations familiales fédérales a été renforcé en 1974, lorsque celles-ci ont été fortement majorées et indexées au coût de la vie. La même année, le Québec a créé son propre programme d'allocations familiales universelles (Canada, Santé et Bien-être social Canada, 1989, p. 44).

En 1979, le gouvernement fédéral a amorcé un long processus qui a eu pour effet d'abolir à la fois les allocations familiales et les exemptions fiscales pour enfants qui, malgré d'autres problèmes d'iniquité, avaient aussi un caractère universel (voir la section intitulée « La fiscalité », plus loin). Aujourd'hui, le seul programme fédéral pour enfants est un programme d'assistance : il s'agit de la prestation fiscale pour enfants. Pour l'année allant de juillet 2000 à juin 2001, il offre aux familles dont le revenu est inférieur à 21 214 dollars un maximum de 2 056 dollars pour le premier enfant et de 1 853 dollars pour chaque autre enfant (Canada, ministère des Finances, 2000, p. 237-240). Dès que le revenu familial dépasse le seuil de 21 214 dollars, le montant octroyé diminue. En conséquence, il n'est pas avantageux pour les responsables de famille monoparentale de faire reconnaître une conjointe ou un conjoint, puisqu'on tient compte du revenu de celle-ci ou celui-ci pour calculer la prestation fédérale. Compte tenu du fait que le projet de loi C-23 est entré en vigueur le 31 juillet 2000 et que le montant de la prestation fédérale pour enfants payé entre juillet 2000 et juin 2001 est basé sur la déclaration d'impôt pour l'année 1999, les mères lesbiennes vivant en union de fait ne seront pas pénalisées en fonction du revenu de leurs conjointes avant le mois de juillet 2001.

Le Québec, la Saskatchewan et la Colombie-Britannique sont les trois provinces qui ont les programmes les plus généreux et les mieux structurés de soutien financier aux familles avec enfants. Aucune province n'offre une allocation universelle depuis que le Québec a aboli la sienne en 1997 (Jenson et Thompson, 1999). Seules quelques provinces offrent des crédits d'impôt non remboursables à caractère universel, mais ceux-ci sont généralement réclamés par les pères plutôt que par les mères qui continuent d'assumer la principale responsabilité des soins et de l'éducation des enfants. Tous les autres programmes sont des programmes d'assistance ciblant les familles les plus pauvres, ce qui rend désavantageux la reconnaissance d'une conjointe ou d'un conjoint. À titre d'exemple, examinons de plus près les programmes

du Québec. Le principal élément du programme de soutien du revenu est l'allocation familiale qui donne, pour l'année commençant en juillet 2000, 1 925 dollars pour le premier enfant d'une famille monoparentale et 625 dollars pour chaque autre enfant (de famille biparentale ou monoparentale) (Girard, 2000). Cependant, les familles perdent ce montant à un taux d'environ 35 p. 100 dès que le revenu familial dépasse 15 332 dollars dans le cas d'une famille monoparentale et 21 825 dollars dans celui d'une famille biparentale. Lorsqu'elle remplira son rapport d'impôt pour l'année 1999, une mère lesbienne québécoise habitant avec sa conjointe devra déclarer celle-ci et donc perdre la presque totalité de son allocation familiale du Québec[15]. En vertu du projet de loi C-23, elle perdra aussi une grande partie de sa prestation fiscale fédérale l'année suivante.

Prenons le cas fictif de Jacinthe, une mère lesbienne de deux enfants qui gagne 15 000 dollars. Pour l'année qui va de juillet 1999 à juin 2000, elle a droit à 2 890 dollars au titre des allocations familiales du Québec et à 3 410 dollars au titre de la prestation fiscale fédérale pour enfant, soit un total de 6 300 dollars. Si sa conjointe, Chantal, gagne un modeste 25 000 dollars, le revenu familial sera de 40 000 dollars. Pour l'année allant de juillet 2000 à juin 2001, l'allocation familiale du Québec ne sera plus que de 160 dollars. L'année d'après, parce que le gouvernement fédéral a également reconnu les conjointes et conjoints de même sexe, la prestation fiscale fédérale tombera de 3 410 dollars à 1 461 dollars (en faisant abstraction des augmentations annoncées pour toutes les familles). De plus, Jacinthe perdra son statut de famille monoparentale à des fins fiscales, ce qui lui coûtera au moins 883 dollars à l'échelon fédéral[16] et 540 dollars au provincial. La perte totale sera donc de l'ordre de 6 100 dollars[17]!

À cause de ces pénalités financières, Jacinthe, comme bien des femmes hétérosexuelles vivant en famille reconstituée, pourrait hésiter au moment de déclarer sa conjointe. Paradoxalement, sa conjointe, Chantal, pourrait probablement déduire une partie ou la totalité de la réduction d'impôt du Québec à l'égard de la famille (plus de 800 dollars) que Jacinthe ne peut pas utiliser en raison de son revenu trop faible. Si Chantal a effectivement un engagement auprès des enfants et contribue à leur entretien, Jacinthe et Chantal pourraient décider qu'elles sont d'accord pour accepter les nouvelles règles et renégocier leurs rapports financiers. Toutefois, l'impact financier pourrait aussi être source de tensions, comme c'est le cas lorsqu'une mère monoparentale hétérosexuelle noue une relation avec un nouveau conjoint qui n'est pas le père de ses enfants. Un tel impact porte à réfléchir sur l'équité et la logique des régimes québécois et canadien de soutien aux enfants.

Les autres programmes d'assistance

Les autres programmes d'assistance visent à aider les ménages à faible revenu en ce qui a trait à des dépenses particulières. Tous sont régis par le critère du revenu familial et plusieurs accordent un montant moindre à un couple qu'à deux personnes indépendantes. Donc, le fait d'avoir un conjoint ou une conjointe a pour effet de réduire le montant accordé et souvent de rendre la personne inadmissible en raison du revenu de son ou sa partenaire. Actuellement, les couples de lesbiennes du Québec et de l'Ontario sont traités de la même façon que les couples hétérosexuels vivant en union de fait et subissent le même désavantage. Progressivement, à

partir du 31 juillet 2000, les couples lesbiens et gais perdront leurs avantages à ce titre dans les programmes fédéraux, alors que dans la plupart des autres provinces, on continue de les traiter comme deux célibataires.

Soulignons, à cet égard, le crédit fédéral remboursable pour la TPS. Selon Albert Wakkary (1999), un grand nombre de lesbiennes et de gais perdront une partie ou la totalité de ce crédit (un maximum de 308 dollars par personne en 2000) avec la mise en application du projet de loi C-23. Il estime qu'en conséquence, le gouvernement récupérera 28 millions de dollars (année 1994), mais sera obligé de débourser seulement environ 18 millions de dollars pour les divers avantages que gagneront les couples de même sexe[18]. Au Québec, les couples de même sexe perdront aussi jusqu'à 154 dollars par personne à titre du crédit pour la TVQ[19].

Programmes d'assistance tenant compte du statut de conjoint — niveau fédéral

- Supplément de revenu garanti pour personnes âgées
- Allocation au conjoint (certaines personnes âgées de 60 à 64 ans)
- Prestation fiscale pour enfants
- Supplément pour enfants du régime d'assurance-emploi
- Régime de prêts étudiants et bourses du millénaire
- Supplément des montants personnels (crédit d'impôt non remboursable) — 1998 et 1999 seulement
- Crédit d'impôt remboursable pour la TPS

Programmes d'assistance tenant compte du statut de conjoint — dans la plupart des provinces

- Aide sociale
- Aide juridique
- Aide aux parents pour les frais de garde
- Crédits remboursables pour l'impôt foncier
- Allocations-logement et critères d'admissibilité aux logements publics

Programmes d'assistance tenant compte du statut de conjoint — au Québec

- Régime de prêts-bourses (personnes mariées ou conjoints de fait lorsqu'il y a un enfant mineur même si cet enfant est celui d'un seul des conjoints)
- Allocation familiale
- Programme Aide aux parents pour leurs revenus de travail (APPORT) - un supplément de revenu du travail — certaines autres provinces ont des programmes similaires
- Crédit d'impôt remboursable pour la TVQ
- Réduction d'impôt à l'égard de la famille
- Crédit d'impôt remboursable pour frais de garde
- Crédit non remboursable en raison de l'âge
- Crédit d'impôt remboursable pour frais médicaux
- Crédit d'impôt non remboursable pour frais médicaux
- Régime d'assurance-médicaments
- Programme d'allocation maternité (PRALMA)

Nous énumérons ci-après les principaux programmes d'assistance fédéraux ou provinciaux (y compris ceux déjà examinés) qui accordent une aide selon la composition du ménage et le revenu familial. Les programmes fiscaux qui utilisent une évaluation du revenu familial sont également mentionnés.

3.2.3 La fiscalité

Au Canada, les régimes fiscaux se fondent en principe sur l'individu, contrairement aux régimes américain ou français qui reposent sur une base familiale. Cependant, parce qu'ils permettent le transfert de certains avantages fiscaux entre époux et conjoints de fait et qu'ils accordent certains avantages pour les enfants, ils peuvent être caractérisés de régimes mixtes individuel-familial. La prolifération, ces dernières années, des programmes d'assistance administrés au moyen du rapport d'impôt rend le statut juridique de conjoint de plus en plus présent dans les régimes fiscaux fédéral et québécois. Nous avons vu la liste des programmes d'assistance, y compris ceux qui relèvent de ces régimes fiscaux. Nous examinerons maintenant les avantages fiscaux qui peuvent être transférés entre conjoints reconnus et ceux qui ne sont accordés qu'aux célibataires (ou aux personnes habitant seules). Ensuite, nous aborderons brièvement certains avantages fiscaux liés à la non-imposition ou au report de l'imposition des gains en capital sur des biens transférés entre conjoints. À cet égard, soulignons qu'à la suite de l'adoption du projet de loi C-23, la *Loi de l'impôt sur le revenu* (fédérale) reconnaîtra les couples de même sexe en 2001. Au Québec, la *Loi sur les impôts* les reconnaît depuis 2000.

Avantages fiscaux transférables entre conjoints reconnus

Le droit de transférer des avantages fiscaux entre conjoints relève d'une présomption de soutien mutuel et comporte également certaines obligations. On présume que la personne qui réclame un montant pour son conjoint ou sa conjointe l'entretient parce que celui-ci ou celle-ci n'a pas assez de revenu pour profiter directement de l'avantage fiscal. Le droit de déduire, par exemple, les frais de scolarité ou le montant relatif aux études pour la conjointe ou le conjoint (ou un enfant) va de pair avec la présomption de contribution à ces frais dans les régimes de prêts-bourses.

En général, le conjoint ou la conjointe qui transfère l'avantage fiscal n'en profite évidemment pas. L'avantage revient plutôt à sa ou son partenaire. Dans les couples hétérosexuels traditionnels, ces mesures traduisent, le plus souvent, la dépendance des femmes qui renoncent à leur autonomie financière pour s'occuper des enfants et des tâches domestiques, ce qui profite au mari. En 1996, par exemple, les hommes représentaient 82 p. 100 des contribuables ayant bénéficié d'un montant transféré de leur conjoint ou conjointe[20] (Canada, Revenu Canada, 1998, tableau 4).

Puisque les couples de lesbiennes et de gais ne sont pas, en règle générale, organisés selon le modèle ménagère-pourvoyeur et la division sexuelle afférente des rôles et des tâches, ces avantages fiscaux risquent de jouer très peu en leur faveur à mesure que leur couple est reconnu dans les régimes fiscaux. En effet, si le revenu de chaque femme dans un couple lesbien dépasse 10 000 dollars (légèrement plus dans le cas de personnes âgées de plus de

65 ans ou ayant une déficience), chacune utilisera ses propres avantages fiscaux plutôt que de les transférer à sa conjointe.

Nous énumérons ci-dessous les avantages transférables entre conjoints dans les régimes fédéraux et québécois et ceux qui sont perdus lorsqu'on fait reconnaître une conjointe ou un conjoint. Le fait que la date de reconnaissance des couples de même sexe est différente au Québec (année fiscale 1999) que dans le régime fédéral (année fiscale 2000) peut causer bien de la confusion pour les lesbiennes résidant au Québec. Par exemple, en 1999, une mère lesbienne vivant avec sa conjointe aura toujours droit au montant équivalent de personne mariée au niveau fédéral, mais pas au montant prévu pour une femme monoparentale au niveau provincial. Une lesbienne retraitée pourrait transférer à sa conjointe son montant en raison de l'âge ou pour revenu de pension au Québec, mais pas au fédéral. D'autres provinces ont annoncé leur intention de créer des formulaires d'impôt distincts du formulaire fédéral et ce problème pourrait aussi se poser dans ces provinces à l'avenir si la conjointe est reconnue au niveau fédéral, mais pas au niveau provincial.

Régime fiscal fédéral — avantages transférables entre conjoints*

- Montant pour conjoint
- Montant en raison de l'âge
- Montant pour revenu de pension
- Montant pour personnes handicapées si le conjoint ou un de ses proches parents est handicapé
- Frais de scolarité, montant relatif aux études et intérêts payés sur un prêt étudiant
- Montant pour les aidants naturels, lorsque, par exemple, le conjoint prend soin d'une personne invalide ou handicapée
- Déduction pour les frais médicaux du conjoint ou d'un de ses proches parents[21]
- Frais d'un préposé aux soins pour le conjoint ou un de ses proches parents

Régime fiscal fédéral — avantages perdus en faisant reconnaître un conjoint ou une conjointe*

- Équivalent du montant pour conjoint (accordé surtout aux contribuables monoparentaux qui perdent cet avantage lorsqu'elles ou ils font reconnaître leur conjoint ou conjointe)
- La valeur de la déduction pour frais de garde peut être moindre si l'on a un conjoint

* Les conjoints de même sexe sont reconnus dans le régime fédéral à partir de 2000.

Régime fiscal québécois — avantages transférables entre conjoints (outre ceux qui sont harmonisés avec le régime fédéral)**

- Montant pour conjoint[22]
- Montant pour déficience mentale ou physique grave et prolongée
- Montants pour enfants à charge

Régime fiscal québécois — avantages perdus en faisant reconnaître un conjoint ou une conjointe**

- Montant pour une famille monoparentale
- Montant pour une personne vivant seule

** Les conjoints de même sexe sont reconnus dans le régime québécois depuis 1999.

Avantages ou désavantages fiscaux liés au transfert de propriété entre conjoints

Kathleen Lahey (1999a, p. 223-234) énumère une vingtaine de dispositions du régime fiscal fédéral qui ont pour effet de réduire les impôts ou d'en retarder le paiement lorsqu'un ou une contribuable transfère un actif ou finance un service (coût d'une seconde résidence pour un travailleur du chemin de fer, par exemple) pour sa conjointe ou son conjoint[23]. Nous n'examinerons pas en détail ces dispositions. La plupart concernent la possibilité pour un ou une contribuable de transférer un actif à sa conjointe ou son conjoint, lors du décès, de la rupture du mariage ou, parfois, durant le mariage. Aux fins de la loi, le ou la contribuable n'est pas réputé avoir vendu cet actif et n'est donc pas obligé de déclarer des gains en capital. Ceux-ci doivent être déclarés uniquement lorsque le conjoint ou la conjointe dispose de l'actif.

Les conjointes lesbiennes pourront bénéficier de ces avantages pour la première fois en 2000. Par contre, auparavant, elles échappaient à au moins deux types de restrictions imposées aux conjoints de sexe opposé. Le premier concerne le fait qu'on permet aux couples reconnus de déclarer une seule résidence principale, laquelle est exemptée d'impôts sur les gains en capital au moment de la vente. Toutefois, Micheline pouvait déclarer le chalet qu'elle a acheté en 1990 comme sa résidence principale, alors que Suzanne, la conjointe avec laquelle elle habite, déclarait la maison de ville comme sa résidence principale. Au moment de la vente, les deux maisons étaient exemptées des gains en capital. L'autre restriction qui ne s'appliquait pas encore aux conjoints et conjointes de même sexe avant 2000 a trait à la règle d'attribution : celle-ci oblige une personne à déclarer elle-même les revenus découlant d'un actif qu'elle aurait donné ou prêté à son conjoint ou à sa conjointe[24].

Au Québec, le fait que la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., chapitre I-3) reconnaît les conjoints et conjointes de même sexe depuis 1999 risque de créer bien de la confusion. Par exemple, si Micheline et Suzanne ont vendu une de leurs deux maisons au début de 2000, elles pourraient avoir à payer l'impôt sur les gains en capital au Québec, mais pas au fédéral[25]. Il pourrait aussi y avoir des problèmes quant au caractère rétroactif de la loi fédérale. Par exemple, supposons que Micheline et Suzanne se considèrent comme conjointes depuis

1992. Lorsqu'elles vendront la maison de campagne, devront-elles payer les gains en capital depuis le début de leur union en 1992 ou depuis la reconnaissance de cette union par le Québec en 1999 ou depuis la reconnaissance du gouvernement fédéral en 2000? Y aura-t-il une date différente pour le calcul des gains en capital pour les impôts provinciaux et fédéraux?

Le Conseil du statut de la femme (1998, p. 51) et Demczuk et Gariépy (1999, p. 25) ont relevé un autre avantage concernant le transfert des biens entre conjoints. Au Québec, en vertu de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, une taxe dite « de bienvenue » est imposée par les municipalités lorsque quelqu'un achète un immeuble. Cependant, lorsque l'immeuble est vendu au conjoint, au fils, à la fille, au père ou à la mère du vendeur ou au conjoint de ceux-ci, l'acheteur est exonéré de cette taxe. Paradoxalement, même si un acheteur qui ne fait pas partie des personnes exonérées de la taxe, par exemple un ami, était copropriétaire de l'immeuble (copropriété divise) et qu'il achète seulement la part de l'autre, il doit payer la taxe de bienvenue. Puisque les conjoints de même sexe sont maintenant reconnus au Québec, ils bénéficient de l'exonération. Ce n'est toutefois pas le cas dans les autres provinces qui ont des lois semblables, à l'exception de l'Ontario où la *Loi 5* a modifié la *Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens* afin d'inclure les partenaires de même sexe.

3.2.4 Régimes d'assurance publics

Régimes fournissant un revenu en cas de retraite, de décès ou d'invalidité

Les régimes publics énumérés ci-dessous sont abordés dans cette section.

- Régime de pensions du Canada (RPC) et le Régime de rentes du Québec (RRQ);
- régimes d'assurance pour les accidents de travail et les maladies professionnelles;
- régimes d'assurance automobile publics;
- programmes d'aide et d'indemnisation aux victimes d'actes criminels.

Les principaux avantages qui touchent la conjugalité dans ces régimes d'assurance publics sont : les rentes de conjoint survivant, les rentes d'orphelin, les montants forfaitaires (prestations de décès) versés aux conjoints et aux enfants survivants et le droit au partage des crédits de rente.

En général, il est plutôt intéressant de se faire reconnaître comme conjoints dans ces régimes. Les rentes de conjoint survivant et d'orphelin constituent une subvention directe que l'employeur ou l'ensemble des cotisants versent aux survivants. Parce qu'il existe un seul taux de cotisation, les membres ayant une conjointe ou un conjoint, ou encore des enfants, ne paient pas davantage que les célibataires.

Les rentes de conjoint survivant

Au Québec, depuis juin 1999, les conjoints et les conjointes de même sexe sont reconnus dans les quatre types de régime discutés. Ils sont donc admissibles aux rentes de conjoint survivant si elles ou ils satisfont aux critères de définition de l'union de fait[26]. Dans les quatre régimes

mentionnés, les conjoints de fait de même sexe ou de sexe opposé se font reconnaître après trois années de vie maritale ou après un an s'ils ont un enfant en commun. Donc, il persiste une discrimination à l'égard des conjointes et conjoints de même sexe. Dans le cas des couples hétérosexuels, ils sont reconnus immédiatement comme conjoints s'ils sont mariés et l'exigence de cohabitation pour être reconnus comme conjoints de fait est seulement d'une année si le couple a un enfant ensemble (par naissance ou adoption). Puisqu'on ne permet pas encore aux couples lesbiens ou gais de se marier ni d'adopter l'enfant de leur conjointe ou conjoint, et que le droit d'adopter conjointement un enfant est admis en principe, mais non en pratique, ce mécanisme pour se faire reconnaître rapidement comme conjointes ou conjoints n'existe pas.

En Ontario, depuis novembre 1999, on reconnaît les partenaires de même sexe dans la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, dans la *Charte de 1995 des droits des victimes d'actes criminels* et dans la *Loi de 1994 sur le droit des victimes aux gains réalisés à la suite d'un acte criminel*[27]. L'Ontario n'a pas de régime public d'assurance automobile. Dans la loi ontarienne touchant la sécurité professionnelle et les accidents du travail, les partenaires de même sexe sont reconnus aux fins des bénéfices si elles ou ils ont cohabité pendant au moins un an, sont les parents du même enfant ou ont conclu un accord de cohabitation en vertu de l'article 53 de la *Loi sur le droit de la famille* (loi modifiée par le projet de loi 5, article 67, paragraphe 3). Donc, les conjoints de même sexe peuvent éliminer les délais pour acquérir la protection de la loi en signant une entente de cohabitation.

En ce qui concerne les deux lois ontariennes traitant des victimes d'acte criminel, les modifications apportées par le projet de loi 5 ne comportent pas de définition du terme « conjoint ». Par contre, les articles 61 à 63 de la *Loi sur le droit de la famille* (L.R.O. 1990, ch. F. 3) traitent des « dommages-intérêts dus aux personnes à charge ». Pour déterminer le droit aux obligations alimentaires (article 29 de la *Loi sur le droit de la famille*), ces articles renvoient aux critères servant à reconnaître les conjoints et les partenaires de même sexe. Pour ces fins, on reconnaît les conjoints qui ont cohabité de façon continue depuis au moins trois ans ou « dans une relation d'une certaine permanence, s'ils sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant ». Donc, les exigences pour les partenaires de même sexe sont supérieures à celles imposées aux couples hétérosexuels parce que le mariage leur est interdit et que l'adoption d'un enfant reste problématique.

Quant au régime de retraite public, les personnes résidant en Ontario relèvent du Régime de pensions du Canada (RPC) comme celles résidant dans les territoires et dans toutes les provinces, sauf le Québec. On reconnaît les conjointes et conjoints de même sexe dans le RPC depuis le 31 juillet 2000, mais on leur accorde une rente de survivant seulement si leur conjointe ou leur conjoint est décédé depuis le 1er janvier 1998[28].

Les rentes d'orphelin et d'enfant de cotisant invalide

Au titre du RRQ, est enfant d'un cotisant aux fins d'une rente d'orphelin une personne âgée de moins de 18 ans pourvu qu'elle réponde aux critères suivants : « elle est liée au cotisant par le sang ou l'adoption »; « elle est le beau-fils ou la belle-fille du cotisant et réside avec celui-ci »;

« elle réside avec le cotisant depuis au moins six mois et ce dernier lui tient lieu de père ou de mère, à la condition que nul autre que le cotisant ou son conjoint résidant avec lui n'assure sa subsistance »; ou « le cotisant assure sa subsistance, dans les conditions prévues par règlement[29] ». Si une mère lesbienne reçoit une pension alimentaire du père de son enfant, cet enfant ne sera donc pas considéré comme personne à charge de sa conjointe et ne sera pas admissible à une rente d'orphelin si cette dernière meurt, ce qui serait également le cas pour une famille hétérosexuelle reconstituée. Si, par contre, la conjointe de la mère assurait la subsistance de l'enfant et qu'il n'y avait pas de pension alimentaire, l'enfant aurait probablement droit à une rente. Encore faudrait-il que la Régie des rentes du Québec interprète, sans distinction fondée sur l'orientation sexuelle, l'expression « cotisant qui tient lieu de père ou de mère » à l'enfant (Demczuk et Gariépy, 1999, p. 16). Le fait que les prestations pour enfants sont calculées en fonction du revenu de la conjointe serait un argument à l'effet que celle-ci subvenait aux besoins de l'enfant.

Au Québec, aux fins de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*[30], l'enfant du travailleur comprend « une personne à qui le travailleur tenait lieu de mère ou de père lors de son décès ». L'enfant a droit à une indemnité de 250 dollars par mois jusqu'à sa majorité et à un montant forfaitaire de 9 000 dollars s'il fréquente un établissement d'enseignement à la date de sa majorité (article 102). Les lois sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels et sur l'assurance automobile renvoient à la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* pour leurs définitions.

En Ontario, la situation est similaire au Québec depuis l'adoption de la *Loi 5*. Ailleurs, on ne reconnaît pas encore les conjoints ou conjointes de même sexe dans les lois provinciales. Donc, l'enfant d'une des conjointes ou d'un des conjoints ne pourrait pas demander une rente d'orphelin lors du décès de l'autre. Il pourrait toutefois être qualifié de personne à charge au sens des lois provinciales.

Les prestations de décès
Dans le cas du RRQ, les prestations de décès sont relativement modestes (maximum de 2 500 dollars) et sont maintenant versées à la personne (ou à l'organisme de charité) qui paient les frais funéraires[31]. Si personne ne réclame ces frais dans les 60 jours ou s'il y a un excédent par rapport aux montants payés, la prestation est attribuée aux héritiers, ce qui renvoie aux lois sur la succession et au droit familial privé. Notons qu'au Québec, les conjoints de fait de même sexe ou de sexe opposé sont exclus de la disposition du *Code civil* concernant l'héritage sans testament.

Dans le RPC, et donc dans les provinces autres que le Québec, la succession a priorité sur la personne qui a payé les frais funéraires. Donc, en l'absence d'un testament clair, et surtout dans les provinces qui ne reconnaissent pas les conjoints de même sexe, une conjointe survivante lesbienne pourrait avoir de la difficulté à réclamer les prestations de décès, même si le RPC les reconnaît.

Le partage des crédits de rente du RPC et du RRQ
Chaque année où une personne a un revenu de travail (salarié ou autonome), elle doit contribuer

au RRQ, si elle réside au Québec, ou au RPC, si elle réside ailleurs au Canada. Les crédits de rente ainsi accumulés sont exprimés en pourcentage du maximum des gains assurables de l'année en question. Lorsque cette personne prend sa retraite, le gouvernement fait la moyenne de ces crédits en excluant le 15 p. 100 des années où le pourcentage crédité était le plus faible. Il exclut également les années où une personne (presque toujours une mère) recevait une allocation familiale pour un enfant de moins de sept ans, si cela avantage cette personne.

Dans le cas d'un couple marié, les gouvernements considèrent que les crédits de rente du RPC ou du RRQ accumulés pendant le mariage font partie du patrimoine familial et ils les partagent automatiquement sur réception d'un avis de divorce, d'annulation ou de séparation judiciaire. En ce qui concerne le RPC, le partage des crédits est possible dans le cas de la dissolution d'une union de fait, si un seul des deux conjoints en fait la demande et cela dans les quatre ans suivants le jour où a cessé la cohabitation[32]. Aux fins du RPC, sont considérés comme conjoints de fait les personnes qui vivent maritalement avec une autre personne depuis au moins un an. Les conjoints et conjointes de même sexe sont reconnus à cette fin depuis le 31 juillet 2000.

Au Québec, aux fins du RRQ, les conjointes et conjoints de même sexe sont reconnus comme conjoints de fait, mais après trois ans de cohabitation ou un an lorsque le couple a un enfant en commun. C'est seulement depuis juillet 1999 que le partage des crédits de pension est autorisé dans le cas d'une union de fait, mais seulement sur entente des conjoints. Une entente écrite de cohabitation signée au début de l'union ou pendant celle-ci ou une entente de séparation conclue au moment de la rupture peuvent indiquer la volonté du couple. En l'absence d'une telle entente, la conjointe ou le conjoint de fait, hétérosexuel ou homosexuel, qui a les crédits les plus élevés peut refuser le partage[33].

Dans les deux régimes (RPC et RRQ), les personnes mariées peuvent également demander le partage de la pension ou de la rente versée si les deux époux sont à la retraite. Le partage prend toutefois fin s'il y a rupture du mariage par le divorce, la séparation ou le décès. Dans tous les cas, si l'un des conjoints décède, il n'y a pas de partage des crédits, puisque le décès donne droit à une rente de conjoint survivant, dans la mesure où le survivant y a droit.

Régimes d'assurance publics ayant trait à la santé

Pendant longtemps, les régimes publics de santé discriminaient à l'égard des couples de même sexe en leur refusant la couverture familiale. Cette discrimination s'exerçait principalement par le fait que les particuliers devaient cotiser sur leurs revenus de travail et la cotisation était inférieure pour un couple et leurs enfants à charge que pour deux personnes seules. Cependant, toute personne considérée comme résidante du Canada devait être couverte en vertu de la *Loi canadienne sur la santé* (chapitre C-6), même si elle ne cotisait pas elle-même et n'était pas couverte à titre de personne à charge d'un cotisant. Au fil des années, toutes les provinces, à l'exception de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, ont aboli les cotisations des particuliers (sauf en ce qui concerne les revenus non salariaux). Ce faisant, elles ont éliminé la notion de couverture familiale (Ontario, Social Assistance Review Committee, 1988, p. 465). Ainsi, ces

régimes ont acquis davantage les caractéristiques d'un régime universel puisque chaque personne y est admissible à titre individuel.

Toutefois, en Alberta, où la notion de couverture familiale persiste, les conjoints de même sexe sont toujours exclus. En Colombie-Britannique, dans le cas de *Knodel* c. *British Columbia*[34], la Cour suprême provinciale a déterminé que les conjoints de même sexe sont des conjoints aux fins du régime public de santé.

Il peut également subsister une discrimination en ce qui concerne la définition de résidant d'une province. Ainsi, une personne qui vit en dehors de la province de façon temporaire (par exemple pour études ou une affectation temporaire liée à son emploi) peut maintenir son admissibilité au régime. Son admissibilité s'étend à son conjoint ou sa conjointe ainsi qu'à ses enfants à charge. Au Québec, en Ontario et en Colombie-Britannique, les conjointes et conjoints de même sexe sont reconnus aux fins de cette mesure, mais ce n'est pas le cas dans les autres provinces et territoires.

En Ontario, à la fin des années 1980, les contribuables devaient également contribuer à l'assurance-maladie. Dans le cas *Andrews* c. *Ontario*[35], Karen Andrews demandait la couverture familiale pour sa conjointe et les deux enfants de cette dernière. Malgré une campagne bien médiatisée de la part des organisations lesbiennes et gaies (Gavigan, 1993, p. 610), la Cour a soutenu la décision du ministère de la Santé qui lui avait refusé cette couverture. Elle a exclu la conjugalité des lesbiennes sous prétexte que l'union entre deux personnes de même sexe ne pouvait conduire ni à la procréation ni à l'entretien des enfants. La Cour a également considéré qu'il n'y avait pas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle parce qu'on traitait M^me^ Andrews comme toute autre personne célibataire. Avec l'adoption du projet de loi 5, en Ontario, les couples de même sexe sont désormais reconnus en vertu de l'assurance-maladie, sauf que les particuliers ne sont plus tenus d'y cotiser.

Au Québec, la reconnaissance des conjoints de même sexe pourrait avoir un effet néfaste indirect pour les couples de lesbiennes et de gais en ce qui concerne le régime d'assurance-médicaments (Demczuk et Gariépy, 1999, p. 17, 43). Ce régime, adopté en 1996, fournit une assurance-médicaments à toute personne qui n'est pas couverte par un régime d'employeur (ou un autre régime privé). Les primes, la franchise et la coassurance sont toutes établies en fonction du revenu familial, mais aussi en fonction de la taille de la famille. Le problème pour les lesbiennes vient du fait que si l'une des conjointes est couverte par un régime d'employeur, elle a l'obligation de faire couvrir sa conjointe par ce même régime (à moins que celle-ci soit couverte par son propre employeur). L'État veut ainsi renvoyer le plus de gens possible aux régimes privés. Pour des lesbiennes qui ne veulent pas dévoiler leur orientation sexuelle à leur employeur par crainte de préjudices, cette obligation peut soulever des problèmes. C'est ce qu'ont affirmé bon nombre de lesbiennes consultées lors de notre recherche et dont les propos sont présentés au chapitre suivant.

3.2.5 Régimes d'assurance privés et régimes enregistrés d'épargne-retraite

Les régimes complémentaires d'assurance-maladie

Inclure une conjointe ou un conjoint et ses enfants dans un régime complémentaire d'assurance-maladie est un grand avantage pour un couple. Ces régimes remboursent en effet certains frais liés à la santé qui ne sont pas couverts par le régime public de base, par exemple : le coût d'une chambre d'hôpital semi-privée, certains traitements médicaux ou paramédicaux (physiothérapie, chiropractie, psychiatrie, etc.), les frais additionnels de traitement à l'extérieur de la province, les orthèses ou prothèses et les médicaments.

En principe, la personne qui cotise doit payer le coût additionnel de la couverture de son conjoint et des autres personnes à charge. En pratique, beaucoup de régimes privés coupent la poire en deux, puisque les personnes ayant un conjoint et des enfants paient plus que les célibataires, mais non le plein coût des avantages pour eux. L'employeur et, parfois, les cotisants célibataires contribuent donc au financement des frais pour les conjoints et les enfants.

La contribution de l'employeur à un régime complémentaire d'assurance-santé est une dépense d'entreprise déductible. Cependant, jusqu'à l'adoption du projet de loi C-23, Revenu Canada décrétait que, si un tel régime offrait des avantages au conjoint de même sexe d'un cotisant, la valeur des cotisations n'était pas déductible et devait être déclarée dans le revenu du cotisant aux fins d'impôt. Le Ministère avait même indiqué que l'employeur pouvait perdre la déductibilité pour l'ensemble du régime (Young, 1994, p. 540). Plusieurs employeurs étaient prêts à accorder de tels avantages aux conjoints de même sexe, mais ne voulaient pas être obligés d'établir un régime distinct ou d'adopter des procédures administratives différentes.

Dans le cas de *Vogel* c. *Manitoba*[36], la Cour d'appel du Manitoba a renversé une décision qui excluait le conjoint de Vogel de la couverture d'un régime d'assurance dentaire offert par l'employeur, en l'occurrence le gouvernement du Manitoba. Comme dans le cas des régimes de pension complémentaires, les décisions des tribunaux interdisant la discrimination laissaient une grande incertitude juridique face au refus de Revenu Canada de reconnaître ces régimes aux fins de déductions d'impôt. Seule l'adoption du projet de loi C-23 a mis fin à cette incertitude.

Les régimes de pension agréés et les régimes enregistrés d'épargne-retraite

Chaque année, les contribuables peuvent verser un pourcentage de leur revenu dans un RPA[37] ou un REÉR afin d'épargner pour leur retraite. Ces cotisations, celles fournies par l'employeur (dans les limites précisées par la loi) et les revenus tirés des fonds investis dans ces régimes sont exonérés de l'impôt, alors que les revenus retirés au moment de la retraite sont imposables.

Il y a deux sortes de régimes privés de retraite, soit les régimes à cotisations déterminées et les régimes à prestations déterminées. Un régime à cotisations déterminées fonctionne essentiellement comme un REÉR : le cotisant et l'employeur contribuent chaque année à un fond inscrit au nom du cotisant. Quand celui-ci prend sa retraite, il dispose d'une somme qui

lui permet d'acheter une rente, c'est-à-dire une somme qui lui est versée régulièrement pendant le reste de sa vie (rente viagère) ou pendant une période fixe.

Un régime à prestations déterminées promet de verser, toute la vie durant, un certain montant parfois forfaitaire, mais généralement calculé en fonction du revenu gagné pendant la vie de travail et du nombre d'années de cotisation. Un bon régime, par exemple, fournira 2 p. 100 du salaire moyen des cinq meilleures années pour chaque année de cotisation. Une personne qui a cotisé 35 ans au même régime, par exemple, recevra 70 p. 100 de son salaire d'avant la retraite. Dans les régimes à prestations déterminées, l'employeur est responsable de tout déficit si jamais les montants investis ne donnent pas un rendement aussi élevé que prévu. Pour cette raison, les petits employeurs préfèrent des régimes à cotisations déterminées et, dans plusieurs cas, vont simplement faire une contribution au REÉR personnel de leurs employés. La plupart des grands employeurs offrent des régimes à prestations déterminées.

Depuis le milieu des années 1980, toutes les provinces et le gouvernement fédéral (pour ses propres employés et pour ceux des banques, des transports, des communications et des autres secteurs relevant de lui) ont adopté des lois qui exigent qu'un RPA fournisse une rente de conjoint survivant. De plus, toutes les provinces considèrent que les crédits accumulés dans les RPA et les sommes investies dans les REÉR font partie du patrimoine familial. Le droit de recevoir une rente de conjoint survivant ou d'hériter des droits accumulés par son partenaire en cas de décès ou de rupture de l'union sont des avantages que les communautés lesbiennes et gaies revendiquent depuis longtemps. Nous examinons ces questions ci-dessous.

Le partage des crédits de rente
Concrètement, le partage des crédits de rente signifie qu'en cas de divorce ou de séparation, la valeur des crédits de rente accumulés pendant l'union (RPA et REÉR) doit être répartie entre les deux conjoints. Au Québec, les conjoints de fait de même sexe ou de sexe opposé peuvent demander ce partage depuis juillet 1999 seulement, pourvu que le couple ait convenu par écrit d'un tel partage. Dans les autres provinces, le partage s'effectue sur demande d'un seul des conjoints de fait, mais les conjoints de même sexe ne sont pas reconnus, sauf en Ontario (Bailey, 1999, p. 80).

Dans le cas d'un REÉR ou d'un régime à cotisations déterminées, le partage est facile parce que les crédits représentent une somme d'argent. Cependant, dans le cas des régimes à prestations déterminées, le partage fait perdre à la cotisante ou au cotisant une partie importante de sa rente de retraite éventuelle, sans que son conjoint ou sa conjointe en bénéficie en proportion[38]. Donc, en pratique, beaucoup de femmes, au moment du divorce ou de la séparation, vont troquer les crédits de rente contre un autre actif comme la maison ou un montant forfaitaire. Au Québec, les conjointes lesbiennes ont maintenant aussi à faire ces choix.

Notons que les gouvernements accordent aux contribuables le droit de cotiser au REÉR de leur conjoint reconnu et de transférer des sommes en franchise d'impôt à son REÉR ou à d'autres instruments d'épargne-retraite. Les conjoints de même sexe ont maintenant les

mêmes droits en ce qui concerne les régimes d'impôt, mais les différences de date d'entrée en vigueur (1999 au Québec et 2000 au fédéral) peuvent être source de confusion.

Les rentes de conjoint survivant et les prestations de décès
À l'échelon fédéral et dans la plupart des provinces, lorsqu'une personne participant à un RPA décède avant de prendre sa retraite, sa conjointe ou son conjoint, marié ou de fait, hérite d'une partie ou de la totalité de la valeur des crédits de rente accumulés[39]. Dans la plupart des cas, ce droit prend la forme d'un montant forfaitaire. Cependant, si la personne décédée était admissible à une rente de retraite au moment de son décès, le conjoint survivant peut avoir droit à une rente immédiatement ou à une rente différée payable lorsqu'elle ou il prendra sa propre retraite. Au Québec, on définit un conjoint comme une personne mariée ou une personne « de sexe différent ou de même sexe » qui vit maritalement depuis au moins trois ans avec le participant ou depuis un an dans le cas où il y a un enfant en commun[40]. Donc, comme pour le RRQ, les conjoints de même sexe sont reconnus aux fins des prestations de conjoint survivant, mais doivent satisfaire à des conditions plus restrictives que les conjoints hétérosexuels. Dans le cas des entreprises qui relèvent de la compétence fédérale (banques, transports et télécommunications, fonction publique fédérale et sociétés d'État, forces armées, etc.), les conjointes et conjoints de même sexe sont reconnus à partir du 31 juillet 2000[41]. Cependant, dans les autres provinces, à l'exception de l'Ontario, les conjoints de même sexe ne sont pas encore reconnus aux fins des rentes ou des prestations de conjoint survivant.

Quand une personne mariée ou en union de fait prend sa retraite, on prévoit normalement une réduction de sa rente de retraite afin de financer une éventuelle rente de conjoint survivant pour sa conjointe ou son conjoint. Si la conjointe ou le conjoint y renonce, la rente n'est pas réduite. Prenons le cas de Pauline et d'Agnès, des conjointes lesbiennes. Pauline travaille pour une compagnie qui reconnaît les couples de même sexe aux fins de son régime de pension. Quand Pauline prend sa retraite, Agnès doit décider si Pauline recevra une pleine rente de 35 000 dollars, qui prendra fin lorsque Pauline décède, ou une rente réduite, typiquement de 88 p. 100 ou 30 800 dollars[42], mais qui fournira une rente à Agnès si Pauline décède la première. La rente d'Agnès doit être égale à au moins 60 p. 100 de la rente réduite, soit 18 480 dollars. Si Agnès a son propre régime de pensions ou si elle pense ne pas survivre à Pauline, elle pourrait y renoncer. Cependant, il peut y avoir des cas où la cotisante ou le cotisant exerce des pressions sur le conjoint ou la conjointe pour lui faire renoncer à ses droits.

Dans le cas d'un régime à cotisations déterminées, c'est aussi au moment de prendre sa retraite que le cotisant et son conjoint doivent prendre une décision, puisqu'ils doivent transférer la somme accumulée vers un fonds de retraite qui versera un revenu chaque année. Plusieurs formules sont possibles, mais toutes doivent offrir une rente pour le conjoint survivant à moins que celui-ci n'y renonce. En conséquence, les revenus que reçoit le cotisant de son vivant sont moindres. Il en va de même pour les REÉR, sauf que l'on peut retarder la décision jusqu'au moment où le cotisant atteint son 70e anniversaire.

Le droit à une rente de conjoint survivant dans un RPA est un des avantages que les communautés lesbiennes et gaies revendiquent depuis longtemps. Après de nombreuses pressions, plusieurs employeurs ont accepté, depuis les années 1980, d'inscrire les conjoints de même sexe aux fins des RPA. Le gouvernement fédéral a toutefois indiqué que leur régime serait alors désenregistré aux fins de déductibilité de l'impôt. Depuis 1995, cependant, le gouvernement fédéral s'est abstenu d'engager des poursuites contre des RPA (Yogis *et al.*, 1996). Déjà en 1992, dans le cas *Leshner* c. *Ontario*[43], la Commission des droits de la personne de l'Ontario a jugé discriminatoire le refus d'accorder la prestation de conjoint survivant au partenaire de même sexe de Leshner. Cependant, vu la règle restrictive du gouvernement fédéral, la solution proposée était d'ordonner à l'employeur (le gouvernement de l'Ontario) de créer un régime distinct non enregistré. Le gouvernement ontarien devait obtempérer dans les trois années suivantes, si le gouvernement du Canada ne changeait pas sa définition de conjoint dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Yogis *et al.*, 1996, p. 27). En 1998, dans le cas *Rosenberg* c. *Canada*[44], la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le refus d'inclure des conjoints de même sexe dans un RPA était discriminatoire en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Finalement, c'est en 2000 que le gouvernement fédéral a modifié sa législation en la matière en adoptant le projet de loi C-23.

3.3 Pourquoi reconnaître les conjoints de sexe opposé ou de même sexe?

Pourquoi faut-il reconnaître les conjoints de sexe opposé ou de même sexe, mariés ou vivant en union de fait, dans les régimes publics de soutien du revenu et les régimes fiscaux? Tout au long du présent chapitre, nous avons constaté l'importance de la reconnaissance du statut conjugal accordée aux hommes et aux femmes hétérosexuels. Toutefois, les motifs pour lesquels l'État octroie ou non des avantages aux couples sont beaucoup moins évidents. Nous avons relevé à cet égard des contradictions, voire des injustices, dans un grand nombre de régimes, ainsi que des discriminations fondées sur le statut marital et l'orientation sexuelle; ce n'est que récemment que l'on a commencé à corriger cette dernière forme de discrimination. La lutte menée par des gais et des lesbiennes pour faire reconnaître leurs unions et les raisons invoquées par les tribunaux ou les législateurs pour leur refuser ou non cette reconnaissance mettent en évidence des contradictions entre les objectifs déclarés des régimes et leurs résultats concrets lorsque ces régimes considèrent la conjugalité comme critère d'accès.

Certaines de ces contradictions ont fait l'objet d'analyses critiques. L'une des auteures les plus prolifiques à cet égard est certainement la sociologue féministe Margrit Eichler. Cette dernière souligne que l'entrée massive des femmes sur le marché du travail et l'augmentation des divorces font en sorte que la famille traditionnelle, composée d'un homme pourvoyeur et d'une femme au foyer avec plusieurs enfants, ne représente plus aujourd'hui qu'une minorité (Eichler, 1988, p. 395). Or, les régimes conçus en fonction de ce modèle sont souvent discriminatoires, puisqu'ils excluent les personnes qui en ont le plus besoin. Il suffit de penser à l'exclusion des femmes divorcées de l'Allocation au conjoint simplement parce que leur unité familiale ne se conforme pas au modèle hétérosexuel traditionnel. Eichler (1988, p. 395) conclut que : « les « politiques familiales », en dépit de leur libellé et de leurs objectifs déclarés, oeuvrent souvent contre les familles et non pas en leur faveur *[traduction]* ». D'après elle, les politiques renforcent la dépendance des femmes et la division traditionnelle

des rôles et des tâches; elles desservent très mal les mères avec enfants, qu'elles soient mariées ou chefs de famille monoparentale.

Bussemaker et van Kersbergen (1994, p. 18) ont effectué une analyse différenciée selon le sexe de divers États-providence. Dans les États « libéraux », comme les États-Unis ou le Canada, on trouve un système à deux voies : un parcours masculin fondé sur des programmes modestes d'assurance sociale et un parcours féminin fondé sur des programmes d'assistance comportant une évaluation du revenu. Le modèle masculin type est celui d'un homme indépendant qui gagne sa vie et qui peut, dans certaines circonstances, recevoir des prestations d'assurance publique lui revenant de droit « parce qu'il les a payées ». Les femmes dont le travail non rémunéré auprès des enfants et du mari n'est pas reconnu socialement sont considérées comme des dépendantes non méritoires. Elles ont recours plus souvent que les hommes aux régimes d'assistance sociale, notamment à la suite de la rupture de leur union. Or, les programmes d'assistance publique sont beaucoup moins généreux que les régimes d'assurance; ils entretiennent donc la pauvreté des femmes et de leurs enfants.

Ces critiques portant sur l'inadéquation des critères d'accès aux politiques familiales trouvent un certain écho chez diverses auteures lesbiennes féministes qui se sont intéressées à l'inclusion des couples de même sexe dans les dispositions du droit familial et les programmes de soutien du revenu. Comme nous l'avons mentionné au chapitre 1, plusieurs auteures manifestent une profonde ambivalence à l'égard du modèle d'égalité formelle par lequel les couples de même sexe se verraient reconnaître les mêmes droits et obligations que les couples hétérosexuels. Dans la foulée de l'affaire *Andrews* c. *Ontario* (1988) et la campagne « *We are Family* » des organisations gaies et lesbiennes, Didi Herman (1990) remet en question la position assimilationniste visant l'intégration des couples de gais et de lesbiennes dans le droit familial et les politiques sociales :

> Nos relations [gaies et lesbiennes] ne peuvent absolument pas constituer une famille parce qu'une famille exige l'exploitation productive, reproductive et sexuelle des femmes par les hommes [...] En adoptant l'idéologie de la famille, les lesbiennes et les gais pourraient se trouver à soutenir les structures institutionnelles qui engendrent et perpétuent l'oppression des femmes *[traduction]* (Herman, 1990, p. 797).

Young (1994) souligne que le système actuel a des effets différenciés, positifs et négatifs, en fonction de la classe sociale (le revenu servant d'indicateur de classe) et du sexe : « Les hommes sont généralement mieux nantis que les femmes [...] ce qui signifie que les hommes gais tireront plus d'avantages, en moyenne, que les lesbiennes à être reconnus en tant que conjoints en vertu de la Loi *[traduction]* » (1994, p. 555). Selon Young, le fait d'accorder certains avantages uniquement en vertu du statut conjugal constitue une discrimination à l'égard des personnes ne vivant pas en couples. Tant que les couples de même sexe ne sont pas reconnus, cette discrimination fondée sur le statut marital affecte tous les gais et lesbiennes. Cependant, même si l'on reconnaissait la conjugalité homosexuelle, les lesbiennes

et les gais qui choisissent de vivre seuls continueraient d'être exclus. En somme, Young exprime ainsi ses réticences face à l'adoption d'un modèle d'égalité formelle :

> En somme, il y aura des gagnants et des perdants et, comme je l'ai démontré, les perdants seront ceux qui sont les moins capables d'encaisser ces pertes. De surcroît, les lesbiennes et les gais qui ne vivent pas dans une relation « maritale » ne gagneront rien. Le prix de l'égalité, est-il trop élevé? Je pense qu'il pourrait l'être *[traduction]* (Young, 1994, p. 558).

Pour sa part, Susan Boyd (1996) se préoccupe des conséquences économiques de la stratégie libérale de lutte pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe, surtout la privatisation du soutien social. Faisant allusion à l'affaire *M.* c. *H.*, elle affirme que permettre aux lesbiennes des poursuites pour une pension alimentaire ne fait que contribuer à l'expansion de la privatisation du soutien du revenu amorcé par l'État, sans la remettre en cause. Elle soutient que la modification de la notion de « conjoint » afin d'y inclure les couples de même sexe n'est pas une fin en soi; la sécurité économique de tous les citoyens et citoyennes devrait être le but ultime.

Dans un essai percutant, Bruce Ryder (1993, p. 445) soutient que l'inclusion des couples de même sexe ne devrait pas être traitée comme un simple élargissement de la notion de « conjoint » en remplaçant l'expression « un homme et une femme » par « deux personnes ». Les lois qui s'appuient sur la notion de « conjoint » devraient plutôt chercher à déterminer « les qualités de la relation pertinentes aux fins de la loi » et le faire en reconnaissant la diversité des relations intimes et en les considérant de manière équitable. Ryder préconise l'introduction du critère de l'interdépendance économique dans le droit de la famille et les politiques familiales pour remplacer la notion hétérosexiste de « vie conjugale ».

Plus récemment, Lahey (1999a) reconnaissait les désavantages autant que les avantages de la reconnaissance des couples de lesbiennes et de gais. Elle a consacré au moins trois chapitres de son livre à l'estimation des pertes et des gains financiers qui en découleraient. Elle conclut, cependant, que les intérêts individuels ne devraient pas justifier le maintien d'une discrimination. Elle préconise l'élimination de toute forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la réforme des programmes fiscaux et de soutien du revenu qui renforcent la dépendance économique des femmes, ainsi que l'abolition des subventions étatiques versées à certaines personnes en raison de leur statut marital.

> Les communautés gaies et lesbiennes ont réagi de façon raisonnée et logique aux options qui leur sont offertes par cette structure. Ceux qui se trouveraient à payer plus d'impôts, à perdre l'assistance sociale ou à être autrement défavorisés s'ils étaient reconnus comme conjoints, et ceux qui courraient le risque d'être forcés à sortir du placard à cause du statut attribué ont fait valoir, de façon très sensée, qu'ils n'ont rien à retirer de la reconnaissance de leur couple. Par conséquent, ils s'y opposent. Ceux qui reconnaissent que les avantages éventuels de la reconnaissance sont fondés sur l'appropriation,

> la hiérarchie ou la monogamie en tant que caractéristiques des relations hétérosexuelles s'opposent également à la reconnaissance des couples de même sexe; ils sont parfois appuyés par ceux qui jugent que l'affirmation de tels arguments leur permet de faire passer leur intérêt personnel pour des valeurs contestataires. Et, créant une rupture profonde au sein des communautés lesbiennes et gaies, il y a ceux qui ont quelque chose à gagner de la reconnaissance de leurs relations et qui endossent cette position, cherchent à faire modifier des lois, défendent des causes types devant les tribunaux, sollicitent des fonds et tentent de s'organiser en vue de réaliser cet objectif.
>
> [...]
>
> La restructuration des avantages autour de critères plus englobants, comme l'éducation des enfants, la prestation de soins aux adultes ayant des incapacités ou une dépendance réelle, pourrait constituer un approche plus humaine et plus réaliste sur le plan politique, pour amorcer un processus de reconnaissance pleine et entière de la personnalité juridique de tous les adultes canadiens [...] Cette « troisième option » pourrait bien finir par ressembler à l'assimilation de l'existence hétérosexuelle à l'existence homosexuelle, ou vice-versa. Peu importe ce qu'il en adviendra, la dialectique aura pour résultat une nouvelle conception de la façon dont l'État subventionne, et par conséquent, règlemente les rapports entre êtres humains *[traduction]* (Lahey, 1999a, p. 280-281).

Bailey (1999, p. 138) préconise, elle aussi, l'accès des couples de même sexe au mariage (ou à une forme de partenariat enregistré équivalent dans la mesure où l'opinion publique n'est pas prête à accepter le mariage). Elle remet toutefois en question la cohérence de la politique familiale existante quant aux valeurs qu'elle est sensée défendre et à son application discriminatoire aux lesbiennes et aux gais. Elle déclare que :

> [...] les lois actuelles ne sont pas entièrement compatibles avec les valeurs de la liberté de choix, de l'affection mutuelle, de l'autonomie, de la protection des personnes vulnérables, de l'équité et de l'égalité qui sous-tendent le mariage et les unions libres. De plus, les lois existantes sont quelque peu inconciliables avec les objectifs familiaux de l'État, lesquels comprennent la procréation, le maintien de milieux nourriciers stables pour les enfants, la fourniture d'un système de soutien social pour les membres de la famille et la promotion de la cohésion sociale (Bailey, 1999, p. iii).

Notre analyse a aussi fait ressortir une certaine incohérence entre les objectifs déclarés des programmes de soutien aux familles et leurs résultats, sans oublier plusieurs aspects discriminatoires. Soulignons, notamment, la confusion entre les objectifs propres à la reconnaissance de la conjugalité et ceux visant le soutien aux familles avec enfants. Notons

également que plusieurs programmes contribuent à l'appauvrissement des femmes et des enfants, particulièrement ceux vivant dans des familles monoparentales, au lieu de donner aux mères les moyens nécessaires pour atteindre leur autonomie. La tendance au désengagement de l'État et la conversion des programmes universels en programmes d'assistance risquent d'aggraver ces problèmes.

3.4 Conclusion

Depuis la fin des années 1960, les femmes ont investi massivement le marché du travail et la structure de la famille s'est transformée. La famille « traditionnelle » est maintenant minoritaire et cède la place à des familles monoparentales, à des familles reconstituées et à d'autres formées d'un couple de sexe opposé ou de même sexe avec ou sans enfants. De plus, les familles sont de plus en plus fluides et un enfant a une forte chance de vivre au sein de plusieurs types de familles durant sa jeunesse.

En raison des changements survenus, les lois canadiennes concernant la famille ont, elles aussi, évolué. Du côté de la conjugalité hétérosexuelle, on permet maintenant le divorce, on reconnaît la filiation biologique et la légitimité de tous les enfants quel que soit le statut conjugal de ses parents. On reconnaît l'égalité juridique des femmes à l'intérieur de la famille et certaines mesures aident les femmes (et, en principe, les hommes) à mieux concilier famille et travail.

Du côté de la conjugalité lesbienne et homosexuelle, les changements juridiques commencent seulement à se manifester. Les lois canadiennes concernant la famille contiennent encore, pour la plupart, des dispositions discriminatoires à l'endroit des couples de même sexe et de leurs familles, comme nous avons pu le constater dans le présent chapitre et le précédent. Ainsi, les partenaires de ces couples n'ont pas obtenu une égalité juridique pleine et entière, ils n'ont pas accès au mariage, au divorce ni au partage du patrimoine familial. La reconnaissance des unions de fait entre personnes de même sexe n'existe que dans certaines lois et dans quelques juridictions (Québec, Ontario, Colombie-Britannique et échelon fédéral) de manière inégale. De plus, la filiation non biologique demeure très restreinte.

Puisque les lois relatives à la famille n'ont jamais été soumises à une révision d'ensemble en fonction des nouvelles réalités, toutes sortes d'anomalies et d'iniquités subsistent dans le traitement des individus et des ménages selon les circonstances. De plus, la nouvelle ère de mondialisation et le désengagement progressif de l'État des programmes sociaux menacent à nouveau la capacité des femmes d'atteindre l'autonomie financière. Ces deux phénomènes contribuent à une nouvelle vague de féminisation de la pauvreté.

Les revendications des lesbiennes et des gais pour faire reconnaître leurs couples dans la fiscalité et les programmes de soutien du revenu font ressortir avec acuité les contradictions et les injustices inhérentes. Ces contradictions et ces injustices sont d'ailleurs dénoncées depuis longtemps par des analystes féministes. Notons, en particulier, que les lesbiennes pauvres et mères ont le plus à perdre si elles font reconnaître leurs conjointes. Les gais à revenu élevé et sans enfant ont le plus à gagner.

Dans beaucoup de couples lesbiens ou gais sans enfants où les deux partenaires ont des revenus à peu près égaux et raisonnables (plus de 15 000 dollars), c'est-à-dire la majorité, la reconnaissance de leur conjugalité aura des conséquences économiques moindres. Ils vont probablement perdre une partie ou l'ensemble du crédit pour TPS et, au Québec, du crédit pour TVQ. À sa retraite, le même couple perdra jusqu'à 4 000 dollars par année au chapitre du Supplément de revenu garanti (SRG). Cela risque d'affecter plus les lesbiennes que les gais, puisque les femmes ont généralement moins de revenus de retraite indépendants et doivent donc compter davantage sur le SRG. Elles en tireront peut-être toutefois certains avantages, surtout la couverture de l'une des conjointes dans le régime d'assurance-maladie de l'autre et la reconnaissance des congés liés à la famille (pour un deuil, par exemple).

Au décès de l'une des conjointes, il y aura aussi des avantages significatifs résultant de la reconnaissance du couple. Notons, en particulier, les rentes de conjoint survivant et le droit d'hériter de la propriété de la défunte sans être imposée sur la transaction et en retardant la déclaration des gains en capital. Rappelons, toutefois, que les droits des conjoints de fait à l'égard des successions sont beaucoup moins clairs que dans le cas des couples mariés, surtout au Québec. Aucune province ne reconnaît encore aux lesbiennes et aux gais le droit de se marier et elles ou ils ne bénéficient donc pas des présomptions en faveur des époux en ce qui concerne l'héritage et le partage du patrimoine familial. Même si un jour ce droit leur est reconnu, beaucoup de couples choisiront de ne pas se marier, préférant l'encadrement moins rigide de l'union de fait. Dans tous les cas, il est important que chaque couple explicite, par des ententes ou des testaments écrits, ses volontés à l'égard de l'héritage et du partage des biens en cas de séparation ou de décès.

Nous verrons dans le chapitre suivant que les lesbiennes consultées dans le cadre de notre étude ont réfléchi aux avantages et aux inconvénients économiques associés à la reconnaissance juridique de leur union. Elles ont songé plus fondamentalement encore aux impacts sociaux de cette reconnaissance sur leur vie quotidienne.

Notes du chapitre 3

[1] L'analyse de l'inclusion des couples de même sexe dans les programmes de soutien du revenu tient compte des modifications apportées par le projet de loi C-23 *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations,* sanctionné le 14 juin 2000. Toutefois, il ne tient pas compte de modifications législatives qui ont pu être adoptées après le 25 octobre 2000 par les provinces ou par le gouvernement fédéral.

[2] Nous utilisons le terme « citoyenneté » au sens générique, c'est-à-dire en tant que membre d'une société.

[3] *Règlement sur la sécurité de la vieillesse* – C.R.C., c. 1246, article 21. On retrouve aussi la notion de conjoint pour les fins du Supplément de revenu garanti et de l'Allocation au conjoint, programmes également régis par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et son règlement. Cependant, il s'agit de programmes d'assistance non universels.

[4] Il peut aussi y avoir de la discrimination à l'égard des conjointes ou conjoints de même sexe dans la mesure où les lois sur l'assurance-maladie et l'assurance-hospitalisation retiennent des caractéristiques de l'assurance (voir le sous-titre approprié dans la section 3.2.4). Il peut aussi y avoir des problèmes d'accès à certains services, notamment l'insémination artificielle. Au Québec, par exemple, ce service est offert uniquement pour pallier les problèmes d'infertilité des hommes vivant dans une relation hétérosexuelle stable, ce qui exclut les lesbiennes qui veulent enfanter sans avoir de relations sexuelles avec un homme. Cependant, cette exclusion relève d'une interprétation de la loi en ce qui concerne les actes médicalement nécessaires et non pas de la loi elle-même (Québec, Conseil du statut de la femme, 1998, p. 40-41).

[5] Certains programmes d'assistance, notamment l'aide sociale, ont aussi une évaluation des actifs. Quelqu'un qui est, par exemple, propriétaire d'une maison de valeur élevée n'est pas admissible et pourrait devoir vendre sa maison pour se nourrir.

[6] Rares sont les études qui ont examiné sérieusement la question du coût relatif de la deuxième personne dans un ménage et surtout selon que les deux personnes partagent ou non une chambre et font ou non vie commune. Les estimations du poids de cette deuxième personne (relativement à la première personne qui compte pour 100 p. 100) vont de 36 p. 100 dans les seuils de faible revenu de Statistique Canada (Conseil national du bien-être social, 1999b, p. 115) à 75 p. 100 (Québec, ministère de la Sécurité du revenu, 1996, p. 29). Ces poids sont plus élevés lorsqu'on est à un niveau de subsistance minimale comparativement à un niveau de vie modeste, mais plus confortable.

[7] L.R.Q. c. S-3.1.1, article 2. Comme dans le cas de la loi fiscale, une rupture temporaire de l'union n'interrompt pas la période de 12 mois de cohabitation. Une fois considérées comme conjointes, deux personnes sont toujours considérées comme telles lorsqu'elles reprennent la cohabitation, même s'il ne s'est pas écoulé 12 mois depuis la reprise de la cohabitation.

[8] Le règlement sur la *Family Benefits Act* (General R.R.O. 1990, Reg. 366) définit le terme « *spouse* » comme une personne qui a une obligation alimentaire à l'égard de la personne demandant de l'aide sociale ou de ses enfants à charge en vertu des articles 30 ou 31 de la *Loi sur le droit de la famille* (L.R.O. 1990, F. 3). Ce règlement est rédigé en anglais seulement. Or, ces articles attribuent l'obligation alimentaire aux personnes mariées ainsi qu'à un homme et à une femme ou à des partenaires de même sexe qui ont cohabité de façon continue durant au moins trois ans ou qui sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant. Toutefois, le règlement considère deux personnes qui cohabitent comme des conjoints, sans exiger un délai de cohabitation, si l'un fournit de l'aide financière à l'autre ou s'ils ont une entente concernant leurs affaires financières et si les aspects sociaux et familiaux de la relation entre le demandeur et l'autre personne s'apparentent à la cohabitation.

[9] Site Web de Développement des ressources humaines Canada, le 17 janvier 2000 : <http://hrdc-drhc.gc.ca/isp/oas/rates_lf.shtml>.

[10] Voir *Egan* c. *Canada, op. cit.* et l'annexe 1 pour plus de détails sur cette affaire.

[11] Site Web de Développement des ressources humaines Canada, Subventions canadiennes pour études, septembre 2001 : <http://www.canlearn.ca/français/csnpe/outils/index.cfm?var=sce>.

[12] Site Web <http://hrdc-drhc.gc.ca/hrib/learnlit/millenium/cmsf128x.shtml>, consulté le 26 octobre 2000.

[13] Site Web <http://www.hrdc-drhc.gc.ca/prets_aux_etudiants/admin/adminx.shtml>, consulté le 26 octobre 2000.

[14] Site Web <http:www.aett.gov.bc.ca/studentservices/defition.htm>, consulté le 26 octobre 2000. Selon la liste des définitions: « les étudiantes et étudiants qui habitent avec une personne du sexe opposé, dans une relation matrimoniale (conjugale) depuis au moins 12 mois, sans interruption (à compter de la première journée de la rentrée scolaire) sont considérés comme vivant en union de fait *[traduction]* » (soulignement ajouté).

[15] Cet effet n'est pas vraiment rétroactif. C'est seulement pour la période allant de juillet 2000 à juin 2001 que les conjointes nouvellement reconnues perdront une partie de leur allocation familiale du Québec selon le revenu des deux conjointes pour l'année civile 1999.

[16] Ces chiffres font abstraction de l'indexation du régime fédéral d'impôt qui a pris effet le 1er janvier 2000. Pour les résidantes des provinces autres que le Québec, le crédit non remboursable pour un « équivalent de conjoint », auquel ont droit les responsables de famille monoparentale, vaut 1 057 dollars. La valeur est moindre au Québec à cause de l'abattement fiscal.

[17] En fait, Jacinthe pourrait également perdre les sommes relativement mineures du programme APPORT et une partie de ses subventions pour les frais de garde. Si Jacinthe n'a qu'un seul enfant, la perte serait de l'ordre de 4 500 dollars. Si son revenu de départ était supérieur à 15 000 dollars, la perte serait moindre parce que la réduction la plus forte survient lorsque le revenu passe de 15 332 dollars à 26 000 dollars.

[18] Albert Wakkary est un fonctionnaire du ministère des Finances du Canada. L'estimation en question est tirée d'un affidavit qu'il a préparé dans le cas *Rosenberg* c. *Canada (1994), Ontario Court (General Division) Court File N° 79885-94*. Il est à noter que Wakkary n'a pas estimé les pertes que subiraient les couples de gais et de lesbiennes au chapitre du Supplément de revenu garanti, ni les gains qu'ils feraient au chapitre de l'Allocation au conjoint. Par ailleurs, il estime de façon minimale les pertes au titre de la prestation fiscale pour enfants puisqu'il évalue à seulement 4 800 le nombre de couples de même sexe avec enfants, ou moins de 4 p. 100 de l'ensemble des couples de même sexe.

[19] Au Québec, depuis la fin des années 1980, le gouvernement a instauré plusieurs mesures qui avantagent une personne vivant seule (qui ne partage pas son logement avec d'autres adultes)

afin d'assurer que deux colocataires subissent une partie des désavantages que subit un couple marié. Par exemple, à l'aide sociale, deux personnes non apparentées qui cohabitent reçoivent au total à peu près le même montant que deux conjoints, soit presque 3 000 dollars de moins que si elles habitaient seules (le gouvernement du Québec a promis d'abolir cette mesure progressivement). Dans le régime fiscal, on accorde aux particuliers à faible revenu un crédit pour personnes vivant seules ainsi qu'un supplément de 100 dollars aux fins du crédit pour TVQ. Donc, lorsque deux lesbiennes emménagent ensemble, chacune perd immédiatement ce 100 dollars. Après un an de cohabitation, lorsque leur couple sera reconnu, elles perdront jusqu'à 154 dollars chacune selon leur revenu combiné. À l'échelon fédéral, aux fins du crédit pour TPS, on accorde, pour l'année fiscale 2000, un supplément d'un maximum de 106 dollars à une personne célibataire, mais ce crédit n'est pas lié au fait qu'elle habite seule ou non. Donc, avec l'adoption du projet de loi C-23, une lesbienne qui cohabite avec sa conjointe perdra en même temps le 106 dollars (parce qu'elle n'est plus considérée comme célibataire) et une partie ou la totalité des 202 dollars alloués à chaque adulte en fonction du revenu du couple.

[20] Ils représentaient également 64 p. 100 des personnes qui ont réclamé le montant pour conjoint ou l'équivalent de conjoint. Malheureusement, ces deux catégories ne sont pas présentées séparément. On sait néanmoins que les femmes prédominent chez les responsables de famille monoparentale, qui constituent la vaste majorité des personnes réclamant le montant pour l'équivalent de conjoint. Cela signifie que les hommes représentent probablement de 75 p. 100 à 80 p. 100 des contribuables qui réclament le montant pour conjoint.

[21] À l'échelon fédéral, on peut combiner les dépenses médicales pour les deux conjoints et la personne qui a le revenu le plus faible peut les réclamer sans avoir à tenir compte du revenu de sa conjointe ou de son conjoint. La valeur de ce crédit risque donc d'être plus élevée pour deux conjoints que si ces mêmes personnes devaient faire la demande individuellement. Au Québec, par contre, on fait une seule déclaration par famille, en tenant compte du revenu des deux conjoints. Donc, une personne ayant beaucoup de dépenses individuelles risque de ne pas pouvoir les réclamer en raison du revenu de son conjoint ou de sa conjointe. Voilà pourquoi nous avons inscrit les crédits remboursables et non remboursables pour frais médicaux du Québec dans la liste des programmes d'assistance, alors que nous avons inscrit le crédit non remboursable fédéral dans la liste des avantages fiscaux pour conjoints.

[22] Notons qu'en 1998, le Québec a créé un régime fiscal simplifié en vertu duquel une trentaine de déductions et de crédits d'impôt non remboursables ont été remplacés par un montant forfaitaire de 2 350 dollars pour soi-même et pour son conjoint ou sa conjointe. Ce régime est généralement avantageux pour les contribuables dont le conjoint ou la conjointe a peu ou pas de revenus et qui utilisent peu leurs propres déductions. Cette mesure risque de s'appliquer peu souvent aux couples de lesbiennes si chacune gagne son propre revenu.

[23] Nous excluons de cette discussion les avantages fiscaux transférables entre conjoints déjà mentionnés et ceux liés aux régimes de retraite et aux REÉR, qui sont abordés dans la section consacrée à ce sujet.

[24] Il y a toutefois des moyens de contourner ces dispositions au moyen d'une fiducie, moyens qui sont d'ailleurs exploités par les contribuables très riches.

[25] La *Loi 32* du Québec, *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, a prévu une période transitoire (article 39) permettant aux couples nouvellement reconnus de se départir d'un actif avant le 13 décembre 1999 sans se faire imposer les nouvelles règles. Cet article visait sans doute la possibilité qu'un couple décide de vendre une résidence secondaire en franchise d'impôt. Le projet de loi C-23 fédéral ne semble pas prévoir une telle mesure transitoire.

[26] Dans la *Loi sur le Régime de rentes du Québec* (L.R.Q., c. R-9, article 91), on ajoute, que pour les fins d'une rente de conjoint survivant, le conjoint décédé doit être « judiciairement séparé de corps ou non marié au jour de son décès, depuis au moins trois ans ou, dans les cas suivants, depuis au moins un an ». Les cas en question renvoient au fait d'avoir eu ou adopté un enfant ensemble. La *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (L.R.Q., c. A-3.001, article 2), ainsi que l'assurance-automobile et le programme d'indemnisations aux victimes d'actes criminels, qui renvoient à cette loi pour leur définition de conjoint, n'exigent pas que le conjoint soit judiciairement séparé de corps. Ils précisent toutefois que cette personne doit être « publiquement présentée comme son conjoint ».

[27] Projet de loi 5, *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, articles 65, 66 et 67.

[28] Projet de loi C-23, *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, articles 42 à 45.

[29] *Loi sur le régime de rentes du Québec* (L.R.Q., c. R-9), article 86.

[30] L.R.Q., c. A-3.001, article 92.

[31] *Loi sur le régime de rentes du Québec* (L.R.Q., c. R-9), article 168.

[32] *Lois sur le régime de pensions du Canada*, ch. C-8, article 55.1.

[33] *Loi sur le régime de rentes du Québec* (L.R.Q., c. R-9), articles 102.10.3 à 102.10.10.

[34] *Knodel* c. *British Columbia*, (1991), *op. cit.* Voir l'annexe 1 pour plus d'informations sur ce cas.

[35] *Andrews* c. *Ontario*, (1988), *op. cit.* Voir l'annexe 1 pour plus d'informations sur ce cas.

[36] *Vogel* c. *Manitoba*, (1992) *op. cit.* Voir l'annexe 1 pour plus d'informations sur ce cas.

[37] Le terme « régime de pension agréé » est celui utilisé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* du gouvernement fédéral. Il désigne les régimes de retraite offerts par les employeurs qui sont reconnus aux fins du rapport d'impôt. On peut aussi les appeler régimes complémentaires ou supplémentaires de retraite, régimes enregistrés de retraite ou régimes de pension privés.

[38] La rente de la cotisante ou du cotisant est calculée d'après le salaire de fin de carrière, alors que celle du conjoint ou de la conjointe est calculée d'après le salaire au moment de la rupture.

[39] Nous n'avons pas vérifié chacune des lois sur les régimes complémentaires de rente, mais dans la loi fédérale ainsi que dans celles de l'Ontario, du Québec et de la Colombie-Britannique, les conjoints de fait ont droit à une prestation. Ils ont en outre préséance sur les autres héritiers. Selon le Conseil national du bien-être social (1999a, p. 40-42), les gouvernements fédéral et provinciaux ont convenu en 1986 d'améliorer et d'uniformiser dans une certaine mesure les normes régissant les RPA. Toutes les provinces prévoient maintenant une rente de conjoint survivant lorsque le cotisant décède après avoir pris sa retraite et la plupart des provinces prévoient une prestation quelconque si le cotisant décède avant d'avoir pris sa retraite.

[40] *Loi sur les régimes complémentaires de retraite du Québec*, L.R.Q., c. R-15.1. Les articles 85 à 90 touchent la définition de conjoint et les principales dispositions concernant les prestations après le décès.

[41] Projet de loi C-23, *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, articles 254 à 264. Notons, cependant, qu'en ce qui concerne le partage des crédits de rente, l'article 25 de la *Loi de 1985 sur les normes de pension*, L.R., ch. 32 (2e suppl.) renvoie aux lois provinciales concernant la répartition des biens entre conjoints. Donc, les lesbiennes et gais qui travaillent pour ces entreprises sous juridiction fédérale peuvent être admissibles à une rente de conjoint survivant, mais ne pas avoir droit au partage des crédits de rente en cas de séparation, selon la province dans laquelle elles ou ils habitent.

[42] En principe, cette réduction doit être suffisante sur le plan actuariel pour payer le coût de la rente de conjoint survivant. En pratique, dans beaucoup de régimes à prestations déterminées, la réduction est trop faible et le régime, c'est-à-dire l'employeur et les autres cotisants, subventionne une partie de la rente de conjoint survivant.

[43] *Leshner* c. *Ontario* (1992), *op. cit.* Voir l'annexe 1 pour plus de détails sur cette affaire.

[44] *Rosenberg* c. *Canada* (1998), *op. cit.* Voir l'annexe 1 pour plus de détails sur cette affaire.

4 : ATTENTES, BESOINS ET PARADOXES EXPRIMÉS PAR LES LESBIENNES

4.1 Les consultations menées au Québec et en Ontario francophone

4.1.1 Contexte et méthode

Les conséquences juridiques et financières de la reconnaissance des conjointes de même sexe sont au coeur des préoccupations des lesbiennes. Nous avons voulu saisir dans cette recherche les attentes et les besoins exprimés par les membres des organisations de défense des droits des lesbiennes à ce sujet. Cela nous est apparu indispensable pour deux raisons. Premièrement, la promulgation récente de lois accordant des droits et des obligations aux couples de même sexe constitue sans nul doute le plus grand changement législatif survenu dans la vie des lesbiennes depuis la décriminalisation, en 1969, des pratiques sexuelles associées à l'homosexualité. La loi omnibus de 1969 avait permis aux lesbiennes de sortir de cette clandestinité étouffante qui caractérisait jusqu'alors leur vie. Or, l'inclusion des couples de même sexe dans un nombre grandissant de lois provinciales et fédérales pourrait permettre aux lesbiennes d'affirmer positivement leur existence, celle de leur couple et celle de leur famille. En ce sens, ces modifications législatives auront un impact important dans la vie quotidienne des lesbiennes, dans leur rapport à l'État, à leur employeur et à leur entourage. Pour ces dernières, les incidences pratiques et symboliques de ces nouvelles lois sont comparables à ce que les femmes hétérosexuelles du Québec ont éprouvé lors de l'abolition de l'incapacité juridique des femmes mariées en 1964.

De plus, l'inclusion des couples de même sexe dans la notion de conjoint risque de transformer voire d'élargir, sur le plan symbolique, la représentation de la conjugalité. Il est encore trop tôt pour saisir quel en sera l'impact sur l'imaginaire collectif du peuple canadien, mais on peut d'ores et déjà prévoir qu'il sera plus difficile à l'avenir de prétendre que la conjugalité hétérosexuelle est un modèle relationnel unique et supérieur. Cette image étroite de la conjugalité cédera peu à peu le pas à la représentation de la diversité réelle des modèles sexués de relations amoureuses.

Deuxièmement, nous avons constaté que, malgré l'importance de ces changements législatifs, nous connaissons peu le point de vue des lesbiennes sur le sujet. La lutte pour la reconnaissance juridique des couples de même sexe a surtout été menée par des individus et des organisations composées majoritairement d'hommes gais au Canada, qui ont occupé plusieurs tribunes au cours des dernières années pour faire valoir leurs points de vue. Les lesbiennes, qui sont souvent plus critiques à l'égard de la conjugalité et du mariage qu'elles perçoivent comme l'institution de la mise en tutelle des femmes, ont-elles collectivement les mêmes intérêts à voir leurs liens de couples institutionnalisés? Comment réagissent-elles à l'idée que les gouvernements fédéral et provinciaux accordent une reconnaissance juridique à leurs couples? Quelle importance attribuent-elles à cette reconnaissance de leurs unions? Ces nouveaux droits répondent-ils à leurs besoins? Dans l'hypothèse où elles pourraient être reconnues comme conjointes, les partenaires d'un couple de lesbiennes vont-elles exercer leur droit à l'égalité? Voilà quelques-unes des questions qui ont structuré les consultations

menées auprès des principaux groupes de défense des droits des lesbiennes au Québec et en Ontario francophone.

Peu d'études canadiennes ont tenté d'évaluer les besoins et les préférences des lesbiennes quant aux modalités de reconnaissance de leurs couples. Des consultations auprès des lesbiennes ont toutefois été menées sur le terrain par des organismes tels le Fonds d'action et d'éducation juridiques en 1993 (FAEJ, 1993) et par le Réseau des lesbiennes du Québec en 1998. Un des objectifs sous-jacents de cette recherche est donc de pallier cette lacune.

Ce chapitre résume les consultations effectuées entre le 12 juin 1999 et le 8 janvier 2000. Il s'agissait d'un contexte privilégié de collecte d'information, puisque la Cour suprême du Canada venait tout juste de rendre sa décision dans l'affaire *M.* c. *H.* et que le Québec et l'Ontario avaient adopté, durant cette période, une loi visant à reconnaître les couples de même sexe. Réalisées dans la foulée de ces changements législatifs, nos consultations ont suscité une participation active et un intérêt marqué chez les répondantes. Partout où nous sommes allées, en milieu urbain comme en région éloignée, les lesbiennes nous ont signifié leur manque d'information sur le sujet et leur impuissance face à des changements législatifs qui auront un impact profond sur leur vie, mais qui sont survenus sans que leur communauté ait été consulté. En effet, ni les gouvernements du Québec et de l'Ontario ni le gouvernement fédéral n'ont effectué de consultations publiques auprès des communautés lesbiennes du pays avant d'adopter leurs projets de loi.

Nous avons mené des consultations auprès de cinq organisations communautaires de lesbiennes au moyen de la technique des groupes témoins. Les rencontres, qui ont été structurées à partir d'une grille d'entrevue (voir l'annexe 2), ont réuni 75 participantes au profil varié. Nous avons sélectionné les organismes participants en fonction de leur mission, du nombre de membres, de leur lieu d'implantation et de leur intérêt en regard du sujet de la recherche. Ces organismes sont : la Collective lesbienne de l'Ontario, le Réseau des lesbiennes du Québec (Québec), l'Association des mères lesbiennes (Québec), l'Association des femmes d'affaires et professionnelles gaies (Québec) et un groupe de lesbiennes réuni par le Centre des femmes de Rouyn-Noranda (Québec). Deux de ces organisations, la Collective lesbienne de l'Ontario et le groupe réuni autour du Centre des femmes de Rouyn-Noranda, se composaient majoritairement ou exclusivement de lesbiennes vivant en région éloignée et, souvent, en milieu rural.

On remarquera sans doute l'écart important entre le nombre de groupes consultés au Québec et ceux consultés en Ontario francophone. En réalité, à l'exception du Québec, il existe peu d'organisations communautaires de lesbiennes dans les provinces canadiennes. L'Ontario ne fait pas exception à la règle. Les lesbiennes anglophones semblent privilégier davantage une structure d'organisation mixte (gais et lesbiennes) plutôt que des collectifs composés exclusivement de femmes, comme c'est le cas au Québec où les liens avec le mouvement féministe sont plus substantiels. Nous n'avons donc pu rencontrer que les membres de la Collective lesbienne de l'Ontario, l'unique organisation de lesbiennes francophones dans cette province.

Pour compléter l'information recueillie, nous avons aussi consulté en entrevues individuelles des représentantes et représentants de trois organisations de défense des droits des gais et lesbiennes qui ont joué un rôle moteur dans les changements législatifs opérés au Québec, en Ontario et à l'échelon fédéral. Il s'agit de la Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe, de l'organisme pancanadien ÉGALE et de la Coalition des gais et lesbiennes du Québec. Ces entrevues nous paraissaient indispensables pour mieux comprendre les principes de leurs actions politiques visant à faire reconnaître les couples de même sexe. Enfin, l'expertise de deux personnes-ressources nous a aussi semblé incontournable : il s'agit de M^me^ Andrée Côté, directrice des affaires juridiques à l'Association nationale de la femme et du droit, et de M^me^ Nathalie Ricard, intervenante qui a mené une recherche approfondie sur les lesbiennes mères au Québec. Une description brève de chacune des organisations et des personnes-ressources de même qu'un portrait statistique des femmes ayant participé aux consultations est fournie à l'annexe 2.

4.1.2 Déroulement des entrevues

D'un point de vue méthodologique, soulignons d'emblée que les rencontres avec les cinq groupes témoins ont connu un déroulement similaire. Nous avons sollicité les organisations au printemps puis à la fin de l'automne 1999. Nous leur avons fait parvenir une lettre d'invitation et un résumé du projet énonçant les objectifs de la recherche, la perspective théorique, la présentation des membres de l'équipe, le but de la consultation de même que les règles de confidentialité et d'anonymat. Tous les groupes ciblés ont répondu par l'affirmative et avec enthousiasme. Le recrutement des lesbiennes participantes a été grandement favorisé par la longue expérience d'engagement des responsables de ce volet de la recherche auprès de leurs communautés respectives. Un entretien téléphonique avec la personne responsable du groupe suivait l'envoi de l'invitation. Lors de cet entretien, il fut convenu d'organiser une consultation réunissant un maximum de 15 membres du groupe. Nous avons toutefois dû faire preuve de souplesse devant l'intérêt manifeste de certains groupes, qui ont dépassé cette limite, et devant les difficultés d'autres groupes qui sont parvenus à réunir seulement une dizaine de répondantes. Nous leur avions fortement recommandé de choisir des membres ayant une diversité d'opinion en regard de la reconnaissance juridique des couples de même sexe. La coordonnatrice du groupe s'engageait de plus à faire parvenir aux participantes le résumé du projet de recherche. Une fois ces conditions réunies, la consultation avait lieu soit dans les locaux de l'organisme, soit dans une salle communautaire située à proximité. Elle fut animée par les deux responsables de ce volet de la recherche.

La durée de chaque consultation a varié de trois heures et demie à six heures, écart attribuable au nombre de participantes et à leur connaissance de la thématique. Nous avons demandé aux participantes la permission d'enregistrer la consultation. La transcription textuelle fut par la suite résumée et retranscrite de manière à préserver la fiabilité de l'information recueillie. Nous avons aussi donné des pseudonymes aux participantes afin de préserver l'anonymat. Avant de commencer l'entrevue, un questionnaire a été distribué aux répondantes afin de connaître leur situation conjugale et familiale ainsi que certaines caractéristiques socio-économiques. Ces données sont résumées à l'annexe 2.

Vu le contexte législatif changeant et le désir manifeste des participantes de connaître le contenu des lois québécoise et ontarienne accordant une reconnaissance aux couples de même sexe, nous avons dû transformer notre protocole de recherche pour offrir, au début de la rencontre, une heure d'information. Ce volet informatif était indispensable à la tenue de la consultation étant donné la méconnaissance des participantes face au droit de la famille et aux régimes publics qui utilisent la conjugalité comme condition d'accès. Au moyen d'un rétroprojecteur et d'acétates, nous avons donc présenté sommairement, et le plus objectivement possible, les champs d'application de la *Loi 32* au Québec, de la *Loi 5* en Ontario, et de ce que pourrait être celui du projet de loi C-23 au niveau fédéral. C'est donc en toute connaissance de cause que les participantes ont ensuite exprimé leurs attentes et leurs besoins en matière de reconnaissance juridique de leurs unions.

4.1.3 Profil des participantes

Le profil des participantes aux consultations est relativement varié. En effet, en ce qui a trait à leur âge, 70 p. 100 d'entre elles ont de 35 à 54 ans, 19 p. 100 entre 26 et 34 ans et 5,5 p. 100 ont respectivement entre 18 et 25 ans ou entre 55 et 64 ans. Fait à noter, nous n'avons pu rejoindre aucune lesbienne du troisième et du quatrième âge. Il faut dire que les lesbiennes âgées ont vécu la majeure partie de leur vie dans la clandestinité et sont particulièrement difficiles à rejoindre à partir d'un réseau d'organismes communautaires. Notre échantillon est très scolarisé : 72 p. 100 des lesbiennes ont un diplôme d'études postsecondaires complété, de ce nombre 55 p. 100 ont terminé des études universitaires. Ce haut degré de scolarisation se reflète sur leur situation en emploi. Ainsi, 84,5 p. 100 des participantes occupent un emploi, près des quatre cinquièmes (79 p. 100) travaillent à plein temps. Malgré leur forte scolarité, les lesbiennes consultées ont un niveau de revenu variable. Ainsi, près d'une lesbienne sur trois (30 p. 100) gagnait un revenu annuel de moins de 25 000 dollars et une sur cinq (20 p. 100) avait un revenu annuel de moins de 15 000 dollars en deça du seuil de pauvreté. Quarante pour cent des répondantes bénéficiaient d'un revenu annuel se situant entre 25 000 dollars et 40 000 dollars, alors qu'une sur huit (12,5 p. 100) avait un revenu supérieur à 50 000 dollars.

En ce qui a trait à leur situation conjugale, les trois quarts des répondantes (75 p. 100) vivent une relation de couple, mais seulement les deux tiers d'entre elles cohabitent avec leur conjointe. La durée de la cohabitation varie d'un an à 23 ans, la moyenne de durée de vie commune est de sept ans. Près de la moitié (43 p. 100) de notre échantillon sont mères d'au moins un enfant. Nous avons inclus dans ce pourcentage les six comères qui ont affirmé être parent, bien qu'elles soient ni la mère biologique ni la mère adoptive de l'enfant. Parmi, ces mères 59 p. 100 indique qu'elles cohabitent avec leurs enfants. Dans la plupart des autres cas, les enfants ont quitté le domicile une fois devenu adultes. Quant aux conjointes, un peu plus du tiers d'entre elles (37 p. 100) ont des enfants et dans 71 p. 100 des cas, ces enfants vivent avec le couple.

Le profil des lesbiennes consultées ne peut évidemment être généralisé à l'ensemble des lesbiennes québécoises ou ontariennes. Toutefois, nous pensons que nos consultations offrent de bons indices de la manière dont les lesbiennes de ces provinces perçoivent la reconnaissance juridique des couples de même sexe. Après avoir consulté huit groupes communautaires et deux personnes-ressources, nous pensons avoir atteint un niveau de saturation satisfaisant

quant à l'évaluation des attentes et des besoins en regard de la question des droits pour les couples de même sexe, du moins au Québec.

Soulignons que ces consultations ont mis en lumière un fait étonnant. Bien que la majorité des répondantes accordent une très grande importance à la reconnaissance juridique des couples de lesbiennes, plus de 80 p. 100 d'entre elles affirment qu'elles n'exerceraient pas leurs droits même si elles étaient reconnues comme conjointes de fait. Cette information, plus que toute autre, nous a profondément troublées, d'autant plus que les participantes venaient de prendre connaissance du contenu des changements législatifs adoptés ou prévus et de partager leurs réflexions sur les impacts juridiques et financiers de ceux-ci pendant plus de trois heures.

4.2 Importance accordée à la reconnaissance juridique des couples de même sexe

4.2.1 Attentes et espoirs

La majorité des participantes et des personnes-ressources consultées accordent une très grande importance à la reconnaissance juridique des couples de lesbiennes. La question posée comprenait une échelle de quatre indicateurs allant de « très important » à « aucune importance ». Une faible minorité de lesbiennes ont affirmé ne pas considérer cette question importante au plan personnel. Cela était plus vrai pour les lesbiennes de l'Ontario que celles du Québec. Cet écart est vraisemblablement attribuable au fait que nous avons rencontré la Collective lesbienne de l'Ontario quelques jours après la décision de la Cour suprême dans l'affaire *M.* c. *H.*, qui attribue à la conjointe une obligation de soutien alimentaire.

Cette reconnaissance des couples de même sexe correspond par ailleurs à plusieurs besoins exprimés par les répondantes. En premier lieu, toutes et tous conviennent que les changements législatifs visant à inclure les conjointes lesbiennes dans le droit familial privé et public constituent une étape importante vers l'accès à l'égalité. Le gouvernement fédéral et les provinces ne devraient pas discriminer contre les couples de même sexe et les familles, quelle que soit leur forme. Les trois organismes nationaux de défense des droits des gais et lesbiennes ajoutent que l'égalité est un principe de droit fondamental sur lequel repose les régimes démocratiques. Priver une catégorie de la population de ce droit porte aussi atteinte à leur dignité personnelle et à leur sécurité.

> *Je trouve cela très important parce que la discrimination est dangereuse. On tend à oublier qu'il y a quelques décennies à peine, nos vies et notre sécurité étaient menacées parce que nous étions lesbiennes. Il est important d'aller de l'avant et de ne pas reculer.* (Annette, 45 ans, Association des mères lesbiennes)

> *En légitimant notre existence, ces lois vont réduire la violence à notre égard et vont accroître notre sécurité dans la rue et dans l'espace public. Bientôt, prendre mon amoureuse par le bras sur la rue ne provoquera plus jamais le même sentiment de menace et de peur voilée.* (Jeanne, 39 ans, Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe)

De nombreuses répondantes affirment que les gouvernements fédéral et provinciaux ont une responsabilité sociale particulière envers les minorités. À cet égard, ils doivent agir de manière proactive pour insuffler à l'ensemble de la population les valeurs de respect, de tolérance et d'égalité.

> *À l'heure actuelle, c'est une dimension de nous-mêmes qui est ignorée par la loi, et donc, par la société. C'est la responsabilité du gouvernement de favoriser la reconnaissance des couples de lesbiennes. Si le gouvernement n'assume pas un leadership en la matière, qui le fera? Certainement pas nos employeurs, ni nos familles.* (Françoise, 45 ans, Réseau des lesbiennes du Québec)

D'autres font valoir que la reconnaissance des couples homosexuels n'est pas un droit anodin dans une société où la conjugalité et la famille sont des institutions sociales fondatrices de la société. En ce sens, les changements législatifs ont une portée à la fois juridique, sociale et symbolique.

> *La famille et le mariage sont les institutions les plus fondamentales de notre société. On peut être critique de celles-ci, mais dans l'esprit de nombreuses personnes, ce sont deux structures qui sont absolument centrales. Beaucoup de lesbiennes souffrent de l'exclusion de leur famille, du rejet de leur entourage, de ne pas pouvoir bénéficier d'une légitimité et d'une reconnaissance sociale de leur union. La société fonctionne en fonction des couples et la non-reconnaissance des unions lesbiennes est une manifestation de la discrimination qui persiste.* (Andrée Côté, Association nationale des femmes et du droit)

En deuxième lieu, une majorité de participantes ont affirmé que le plus important effet de la reconnaissance juridique des couples de même sexe est la légitimité qu'elle accorde au lesbianisme comme modèle amoureux. Il ne s'agit plus seulement de reconnaître l'homosexualité comme une orientation sexuelle propre à certains, mais de la représenter comme un modèle relationnel normal et non plus inférieur. Le droit est un instrument indispensable à la normalisation des relations sociales. Aussi, pour plusieurs, les changements législatifs en la matière sonnent le glas de l'exclusion.

> *Dans mon expérience, je n'ai jamais trouvé important d'avoir une reconnaissance de mes relations lesbiennes par la loi. J'étais en rupture avec ma famille. C'est un choix de vie qui se situe en dissidence et il y a des éléments politiques dans ce choix. Pour celles qui sont objectivement en rupture avec leur famille sans le vouloir — car ces dernières les ont rejetées — et qui veulent être acceptées comme étant « normales », la revendication pour la reconnaissance des couples de même sexe est essentielle à leur bien-être. Elles souhaitent s'intégrer dans le système. Ce n'est pas qu'elles veulent se conformer, mais c'est le seul modèle reconnu de conjugalité dans*

> *notre société. C'est une façon indirecte de se faire reconnaître une dignité humaine.* (Agnès, 42 ans, Collective lesbienne de l'Ontario)

> *C'est plus qu'une question de droits, car actuellement on peut obtenir un bon contrat notarié avec sa conjointe pour se protéger. Je vis depuis 11 ans avec ma conjointe et nous avons signé un contrat pour nos biens et notre maison si l'une des deux meurt ou si l'on se sépare mais la reconnaissance par le gouvernement, ça nous sort de la clandestinité.* (Agathe, 48 ans, habite en milieu rural éloigné)

Certaines n'hésitent pas à qualifier cette reconnaissance juridique de « révolutionnaire » dans un contexte social patriarcal. L'existence des lesbiennes pourrait plus difficilement, selon elles, être niée ou réduite au silence après de tels changements législatifs. La norme hétérosexuelle cédera le pas à la reconnaissance de la diversité réelle des relations amoureuses qu'entretiennent les femmes avec des hommes ou avec d'autres femmes.

En troisième lieu, la reconnaissance juridique des couples de même sexe est perçue comme un levier essentiel pour accroître la visibilité publique des lesbiennes et des gais ainsi que l'ouverture de la société à leur égard. Les répondantes fournissent maints exemples des effets que la reconnaissance de leurs unions pourrait avoir sur leur milieu de vie.

> *La reconnaissance des couples de même sexe est essentielle pour lutter contre l'homophobie. Avec ce changement, les mentalités vont évoluer. On n'entendra de moins en moins dire que l'homosexualité n'est pas naturelle, que c'est une maladie. Les médias et le milieu scolaire vont être obligés de normaliser l'homosexualité. C'est un pas très important.* (Mireille, 21 ans, Rouyn-Noranda)

Plusieurs ont souligné l'impact positif que pourrait avoir la reconnaissance de leur conjugalité en milieu de travail, bien que l'adoption d'une loi n'est pas une condition suffisante pour vaincre les attitudes et les comportements homophobes.

> *L'amour des femmes va sortir de l'ombre. Si on le nomme dans la loi, cela nous donnera plus de prise pour lutter contre la discrimination. [...] Je travaille pour Postes Canada et mes confrères ne sont pas toujours drôles. Je ne leur ai pas dit que j'étais lesbienne parce que je ne pense pas que je serais acceptée comme je suis. Si le gouvernement nous reconnaît, il me semble que je me sentirais plus forte pour dire à mes collègues : « Eh bien là ça suffit! Évoluez donc un peu, l'homophobie c'est arriéré! ».* (Solange, 44 ans, Rouyn-Noranda)

> *Si le gouvernement nous reconnaissait, les employeurs ne pourront plus nous discriminer pour les assurances et les fonds de pension. Pour les non-syndiqués, je pense que ce sera toujours plus difficile de se faire respecter en milieu de travail. Si ton patron est homophobe, il n'y a pas beaucoup de*

> *recours possible.* (Johanne, 36 ans, Association des femmes d'affaires et professionnelles gaies)

D'autres considèrent, à titre de parents, que la reconnaissance de leur union améliorerait grandement leurs relations avec le milieu scolaire.

> *Je veux avoir d'autres enfants avec Nadine et j'aimerais que mes enfants aient une vie plus facile que la mienne. [...] Cette reconnaissance juridique me permettrait à moi et à mes enfants de vivre au grand jour. J'aimerais, par exemple, en le reconduisant à l'école qu'il puisse nous présenter comme ses deux mères sans se faire taquiner. C'est un petit exemple, mais cela fait partie de notre quotidien. Sans reconnaissance, on se renferme sur son couple et on s'isole.* (Alexandra, 35 ans, Association des mères lesbiennes)

> *C'est très important car ce qui importe, ce n'est pas quand les choses vont bien, mais quand elles vont mal. Si ma conjointe meurt, par exemple, qui aura la garde des enfants? N'étant pas reconnue comme conjointe et mère, je risque de perdre la garde des enfants. On a déjà fait face à des obstacles lorsqu'on a inscrit notre enfant à l'école, il y a quatre ans. La réaction a été très négative. Puis, l'année dernière, un professeur est venu nous dire à la réunion de parents qu'il avait vu une émission sur les mères lesbiennes à la télévision. C'est important d'être visible socialement par tous les moyens, et la loi en est un. C'est important pour que les gens sachent qui nous sommes, même si la première réaction en est une de recul. À un moment donné, l'information passe, les gens ont moins peur, et ce sont les préjugés qui reculent.* (Solange, 38 ans, Association des mères lesbiennes)

Enfin, de nombreuses lesbiennes ont parlé de leurs rapports douloureux avec leur famille. Elles voient dans ces changements législatifs un espoir d'être reconnue pleinement par leurs proches sans avoir à camoufler leurs sentiments.

> *Moi je suis ouverte et tout le monde sait que je suis lesbienne au travail et dans ma famille., mais jamais, même à 48 ans, je n'ai encore osé danser un slow avec ma blonde à un party de famille. Même si tout le monde le sait que je vis en couple avec Sylvie depuis 11 ans, personne ne pose de questions ou ne passe de commentaires. Si l'on est reconnu par le gouvernement, on va peut être se permettre les mêmes attitudes et les mêmes comportements que les hétérosexuels. J'imagine la réaction de mes parents qui ont plus de 70 ans, de mon beau-frère, ma belle-soeur et mes petits cousins si l'on se mettait à danser ensemble. Imaginez le changement! Pourtant, il n'y a rien de plus normal, c'est le fait d'avoir peur de le faire qui est anormal.* (Agathe, 48 ans, habite en milieu rural éloigné)

Il y a un idéalisme certain chez bon nombre de participantes quant aux effets sociaux et symboliques qu'entraînerait la reconnaissance juridique des couples de lesbiennes une fois

adoptée. Toutefois, ce qui importe le plus dans ces témoignages est le potentiel d'« empowerment » (ou habilitation) que ces changements législatifs pourraient générer chez les communautés lesbiennes s'ils étaient réalisés dans une perspective qui tienne compte de leur situation de stigmatisation.

4.2.2 Craintes et déceptions

Des lesbiennes ont aussi exprimé des réticences face à la reconnaissance juridique de leurs couples. La plus importante a trait à la crainte de perdre le caractère spécifique, voire émancipatoire, de leur relation amoureuse en s'intégrant à la norme. Les relations conjugales entre femmes, soulignent-elles, ne se constituent pas autant à partir de positions inégalitaires, de rôles prescrits et d'une rigide division sexuelle des tâches comme le sont les relations entre hommes et femmes. Elles disent craindre que le processus de normativité n'agisse comme un rouleau compresseur et ne permette pas l'expression publique des différences, surtout celles qui ont un potentiel critique face au référent. Une fois reconnus, les couples de lesbiennes ont de fortes chances d'être perçus comme ayant un fonctionnement identique aux couples hétérosexuels, affirme une répondante. « Après le silence, c'est la projection du modèle hétérosexuel sur nos relations amoureuses qui nous guette ». Or, cette normalisation des relations amoureuses entre femmes pourrait contribuer, selon certaines, à une altération de l'identité lesbienne.

Par ailleurs, de nombreuses mères lesbiennes considèrent que la reconnaissance juridique accordée récemment aux couples de même sexe est insuffisante, car elle ne prend pas en considération leur statut familial. Or, ces couples se vivent comme familles et se sentent heurtés du fait que l'État distingue leur réalité conjugale de leur réalité familiale. Cette dissociation entre conjugalité et parentalité n'est pas présente dans leur vie quotidienne et dans la représentation qu'elles se font d'elles-mêmes. Cette reconnaissance partielle de leur situation nie « ce que nous sommes en tant que mères lesbiennes et envoie le message qu'être mère et lesbienne à la fois est inacceptable socialement ».

> *Dans l'opinion publique, tout le monde pense que la question est réglée sauf que le gouvernement du Québec a exclu la reconnaissance des familles à tous les niveaux. Avec la* Loi 32, *on nous donne des responsabilités économiques en tant que conjointe d'une mère, mais on ne nous donne pas les bénéfices de la loi en tant que parent. Cela me met vraiment en colère.* (Anne, 30 ans, Association des mères lesbiennes)

Les revendications publiques des couples de lesbiennes pour faire reconnaître leur famille sont relativement récentes. Comme le rapporte Nathalie Ricard, ces couples qui sont unis par un projet parental confrontent l'institution de la maternité en la revendiquant comme expérience et en questionnant la relation de filiation entre les membres de la famille. Les mères lesbiennes mettent ainsi en lumière les processus sociaux qui tendent à normaliser un seul type de famille soit, la famille nucléaire, hétérosexuelle, biparentale et de classe moyenne, dont les enfants sont issus biologiquement des parents.

> *Il est certain que l'adoption est l'enjeu central pour nous et que nous sommes déçues de la* Loi 32. *Être reconnu comme famille nous permettrait d'être admissible à un congé parental, aux assurances collectives et bien sûr, pour ma conjointe, de devenir légalement un parent avec les mêmes responsabilités.* (Diane, 32 ans, Association des mères lesbiennes)

Les comères présentes lors des consultations ont fait part de nombreuses difficultés pratiques générées par l'absence de reconnaissance juridique à titre de parent : impossibilité d'accompagner l'enfant à l'hôpital, de signer un bulletin scolaire ou de voyager avec celui-ci à l'extérieur du pays sans l'autorisation de la mère biologique. Elles ont aussi souligné les impacts sociaux et symboliques qu'entraînent cette absence de statut. Les pères qui ont conçu un enfant ou l'ont adopté possèdent des rituels pour signifier publiquement leur paternité tels la participation à l'accouchement, la reconnaissance par le biais du certificat de naissance, le baptême ou encore la déclaration fiscale. C'est le droit qui est à l'origine de la plupart de ces rituels de reconnaissance. Tandis que les liens uniques existant entre une comère et son enfant ne jouissent d'aucun symbole ou rituel publique de reconnaissance; il n'y a même pas de mot pour désigner leur filiation. Bien que le *Code civil* ou la common law n'exclut pas nommément la possibilité pour une comère d'adopter son enfant, son désir parental s'inscrit dans une zone d'infradroit qui ne lui procure actuellement aucune autre existence sociale que ce que l'univers privé de sa famille lui reconnaît. Odile Dhavernas (1978) décrit bien cette zone de non-droit lorsqu'elle est appliquée aux femmes :

> Aujourd'hui encore, il existe, s'agissant des femmes, une interprétation du droit, de la morale dominante et des convenances sociales telle qu'il est presque impossible de les dissocier. Il en résulte une sorte de loi non écrite, spécifique, contraignante, qui se situe en deçà du droit commun, une règle coutumière dont le champ d'application est infime et que les tribunaux sanctionnent journellement[1].

Enfin, d'autres lesbiennes ont exprimé leur déception face à la portée limitée de la reconnaissance juridique des couples de même sexe, notamment au Québec.

> *Je ne voudrais pas qu'on accorde autant d'importance à la reconnaissance des couples de même sexe dans les lois. D'abord, si le gouvernement du Québec l'a fait, c'est pour aller chercher de l'argent via l'impôt — car on sera obligé de se déclarer — et pour aller chercher des votes. Le gouvernement veut se donner une bonne image avant le prochain référendum, mais il n'a pas de vue à long terme pour éliminer la discrimination. Il a donné ce qui faisait son affaire. La preuve, personne à l'Assemblée nationale n'a contesté publiquement la loi. Il n'a pas accordé de droit à l'adoption et à l'insémination artificielle. J'avais des attentes qu'il le fasse, car je veux avoir des enfants. La reconnaissance qu'on a eu est économique, mais mon couple c'est plus que cela! Je veux une reconnaissance qui s'applique à toutes les dimensions de ma vie : au travail, dans ma famille, au Cégep que je fréquente où les professeurs en*

> *travail social ne sont même pas encore capables de parler d'homosexualité en l'an 2000.* (Mélanie, 19 ans, Rouyn-Noranda)

4.3 La déclaration imposée par l'État : un frein à l'exercice de ses droits

Une majorité de répondantes rejettent le principe d'une reconnaissance *de facto* des couples de même sexe. Elles ont manifesté à cet égard surprise, déception et parfois colère lors des consultations menées dans tous les groupes du Québec et de l'Ontario francophone. Plusieurs qualifient cette « sortie du garde-robe » imposée par l'État comme injuste et contraire aux principes qui gouvernent la *Charte canadienne*. C'est comme si l'on venait de briser l'image et le rêve de la reconnaissance juridique de leur couple qu'elles percevaient jusqu'alors comme le résultat d'un engagement des partenaires et d'un geste volontaire d'affirmation devant la loi. La notion de consentement est centrale à leur préoccupation et ce, pour plusieurs raisons.

Les lesbiennes pratiquent tout au long de leur vie une divulgation sélective de leur orientation sexuelle à leur entourage et en milieu de travail. Or, la reconnaissance *de facto* vient court-circuiter leur plus importante stratégie d'adaptation face à l'homophobie, d'où les émotions que ce débat génère. Au Québec, de plus, le régime d'assurance médicaments et les régimes d'assurance collective rendent obligatoire la déclaration de sa situation conjugale à l'employeur.

Or, les répondantes affirment avec conviction qu'elles veulent pouvoir mesurer elles-mêmes les risques de la divulgation de leur orientation sexuelle face à l'État ou à un employeur. Elles veulent décider à qui, où, comment et quand dévoiler leur orientation sexuelle et leur situation conjugale.

La majorité des répondantes affirment que la déclaration obligatoire de leur statut de conjointe aura des incidences plus importantes chez les lesbiennes que chez les gais.

> *Les lesbiennes auront plus de difficultés parce qu'elles cachent plus souvent leur homosexualité que les gais. Les gais ont aussi plus de revenus, ils se tiennent ensemble lorsqu'ils ont des problèmes alors que les lesbiennes sont plus isolées. [...] On vit aussi plus d'oppression en tant que femmes, ne serait ce que parce que nos salaires sont plus petits et plus précaires.* (Diane, 49 ans, Réseau des lesbiennes du Québec)

Si la déclaration de la situation conjugale est obligatoire, plusieurs prétendent que cela renforcera la clandestinité des lesbiennes plutôt que de promouvoir leur affirmation. Certaines lesbiennes sont plus vulnérables que d'autres face à la divulgation de leur orientation sexuelle, notamment celles qui vivent en milieu rural ou en région éloignée, celles qui sont âgées ou qui occupent une fonction prestigieuse, celles qui sont issues de communautés ethnoculturelles ou autochtones, ou encore celles qui vivent dans un environnement homophobe. D'autres se demandent comment l'État appliquera cette reconnaissance juridique aux ménages composés de deux adultes de même sexe. « Comment vont-ils faire pour distinguer les colocataires des couples de même sexe? », demande une participante.

De plus, les lesbiennes consultées veulent être informées des conséquences de la reconnaissance juridique de leur couple avant de faire reconnaître celui-ci. Parce qu'elles ont été longtemps exclues du droit de la famille, de nombreuses lesbiennes sont peu renseignées sur les implications juridiques et économiques du statut de conjointe de fait. « C'est épeurant parce qu'on ne connaît pas les conséquences, je serais craintive de me dévoiler sans savoir ce que le gouvernement va faire de cette information ». Elles désirent pouvoir faire reconnaître leur statut conjugal en toute connaissance de cause.

> *J'aimerais connaître les implications économiques et personnelles avant d'être reconnue comme conjointe. Je ne veux pas donner un chèque en blanc au gouvernement. Comment lui faire confiance alors qu'il nous a discriminé depuis si longtemps?* (Rolande, 56 ans, Rouyn-Noranda)

> *Il n'y a pas de discussion de projet de société dans tout ce processus. On le voit clairement avec l'adoption de la* Loi 5 *sur la reconnaissance des couples de même sexe en Ontario. Il n'y a pas eu de discussion sur les notions de couple et de famille. Qu'est-ce que vivre en couple en l'an 2000? À partir de quels critères sommes-nous considérés comme des conjoints? Doit-on accorder le droit au mariage aux lesbiennes et aux gais? En l'absence d'un débat social sur ces questions, c'est une occasion ratée pour tout le monde et pour les lesbiennes en particulier, d'autant plus que dans les communautés lesbiennes, il n'y a pas eu de dialogue sur la signification des réformes proposées, leurs ramifications et leurs implications.* (Andrée Côté, Association nationale des femmes et du droit)

Plusieurs lesbiennes craignent qu'avec le principe de déclaration obligatoire du statut de conjointe, l'État n'exerce un plus grand contrôle sur leur vie : « On s'habitue à vivre en marge de la société, et la marginalité offre une certaine liberté où l'on n'a pas à rendre compte à l'État de notre vie privée ».

> *Ce qui m'inquiète cependant, c'est le traitement de l'information. Qu'est-ce que le gouvernement va faire de cette information? Je ne souhaite pas que l'on crée un fichier central d'information sur les homosexuels. Cela peut sembler paranoïaque mais, à une autre époque, personne n'avait prévu que Hitler prendrait le pouvoir et qu'à partir des informations recueillies par un centre de recherche sur l'homosexualité, il s'en serve pour emprisonner les personnes homosexuelles dans des camps de concentration. Le gouvernement doit nous dire ce qu'il compte faire de cette information.* (Claire, 54 ans, Association des femmes d'affaires et professionnelles gaies)

D'autres encore mettent en doute l'efficacité des règles de respect de la confidentialité des renseignements personnels tant en milieu de travail que dans les services gouvernementaux. Elles sont nombreuses à fournir des exemples de divulgation inappropriée des renseignements personnels dans les établissements, en particulier lorsqu'il s'agit de petites ou de moyennes entreprises où il n'y a pas de service de ressources humaines. Or, ce sont ces entreprises qui

constituent actuellement le moteur du développement économique au pays. Pour rendre la loi efficace et réduire les risques de préjudice à l'égard des personnes homosexuelles, elles suggèrent de prévoir des amendes importantes en cas de bris de confidentialité de la part des fonctionnaires de l'État ou des employeurs. Andrée Côté fournit un exemple de la transmission des renseignements personnels dans les services étatiques.

> *Pour ce qui est des régimes de soutien du revenu, les lesbiennes se retrouvent dans l'obligation de déclarer leur situation conjugale, sinon elles font une fausse déclaration. Par la filière de l'aide sociale, elles seront fichées partout. Par conséquent, s'il y a des problèmes, par exemple, de comportements délinquants d'un enfant, la mère peut avoir à transiger avec les services de protection de la jeunesse qui sauront automatiquement que cette mère est lesbienne. Les renseignements personnels peuvent circuler vite dans le système. Il faut s'attendre à ce que, comme d'autres informations personnelles, il y ait très peu de confidentialité concernant l'orientation sexuelle dans les banques d'informations gérées par les services gouvernementaux.* (Andrée Côté, Association nationale des femmes et du droit)

Au terme des échanges avec les participantes, il ressort clairement que la reconnaissance *de facto* du statut de conjointe n'a ni la même résonance ni les mêmes conséquences pour les couples de même sexe que pour les couples de sexe opposé. La majorité des couples de lesbiennes cachent encore aujourd'hui leur orientation sexuelle et leur situation conjugale, notamment en milieu de travail, afin de se protéger des réactions négatives. Une répondante résume avec éloquence les obstacles qui empêchent les lesbiennes d'exercer pleinement leur droit à l'égalité en déclarant leur statut conjugal.

> *La question de la déclaration obligatoire peut être regardée du point de vue législatif, mais nous devons aussi la regarder d'un point de vue psychologique. Pourquoi de nombreux couples de lesbiennes ne veulent pas déclarer leur union, de quoi les lesbiennes ont-elles peur? Si l'on incite les lesbiennes à s'intégrer socialement, il va aussi falloir regarder ce qui leur permettrait de s'adapter psychologiquement. Présentement, les lesbiennes ne sont pas prêtes à ce changement au plan personnel. Il va falloir prendre en compte la situation collective des lesbiennes, mais aussi leur situation individuelle. On doit mener la bataille aux deux niveaux, car nous ne les obtiendrons pas ensemble.*

À la question : qu'est-ce que cela signifierait en pratique? Elle répond :

> *Si le gouvernement demande aux couples de lesbiennes de se déclarer et que cette déclaration est obligatoire, il faut, pour pouvoir y répondre, être à l'aise avec soi-même en tant que lesbienne. Je pense que, collectivement, nous y parvenons bien, je pense même que nous n'avons jamais été si à l'aise d'être lesbienne qu'actuellement dans notre histoire. [...] mais avant de nous*

> *demander de changer cette attitude de méfiance, il faut qu'il y ait quelque chose en retour.*
>
> *Le gouvernement n'a pas changé ces lois au Québec [pour y inclure les couples de même sexe] uniquement pour des votes. Nous devons faire confiance au gouvernement. Nous devons faire confiance dans le fait qu'il nous accepte telles que nous sommes. Cela a besoin d'être dit et redit publiquement par les autorités gouvernementales dans une perspective de guérison de nous-mêmes, des blessures que l'homophobie nous a infligées, de guérison de l'intolérance de la société à notre endroit. Nous devons nous rassembler. Autrement, les lesbiennes vont continuer à avoir peur et à se cacher. En ne se déclarant pas comme conjointes, elles vont agir en pensant aux réactions négatives de leur famille lorsqu'elles leur ont appris qu'elles étaient lesbiennes, aux amis qu'elles ont perdus, à leurs collègues de travail. Toutes sortes de guérisons sociales doivent se produire avant que les lesbiennes se lèvent et affirment : voici ce que je suis, mais d'imposer la déclaration de notre vie conjugale au gouvernement et à notre employeur, je ne crois pas que ce soit la bonne solution. Nous devons prendre cela en considération, et c'est d'autant plus vrai si nous sommes parents. Si je ne peux pas me tenir debout et dire ce que je suis pour moi-même, je ne peux pas m'attendre à ce que mon enfant soit confortable avec sa famille lesbienne.* (Barbara, 34 ans, Association des mères lesbiennes, *traduction*)

Nous avons demandé aux participantes si, dans l'éventualité où les couples de même sexe seraient reconnus juridiquement en tant que conjoints de fait, elles déclareraient leurs unions? Quatre répondantes sur cinq ont répondu non à la question, en invoquant l'un ou l'autre des motifs cités plus tôt. La minorité ayant répondu par l'affirmative à cette question ont souligné qu'elles le feraient soit pour rendre légitime les relations amoureuses entre femmes, même si cela occasionnerait des pertes financières pour le couple, soit pour tracer la voie aux générations futures de lesbiennes, soit parce qu'elles y seraient obligées et ne voudraient pas se retrouver dans une situation d'illégalité.

Enfin, plusieurs lesbiennes se disent déçues qu'il n'y ait pas un geste volontaire posé par les lesbiennes elles-mêmes pour faire reconnaître leurs unions. L'idée de signer un contrat commun et de s'enregistrer publiquement devant la loi, et par là, devant la société, est centrale à leur motivation. Il y a une portée symbolique considérable à la signature d'un contrat de mariage dont elles se sentent privées. D'autres ajoutent qu'il importe d'avoir un rituel d'engagement qui accompagne la reconnaissance juridique des couples de même sexe. Les rituels sont signifiants à toutes sortes de niveaux et, pour bon nombre d'entre elles, la reconnaissance *de facto* est un indicateur du peu de considération de l'État pour les unions entre personnes de même sexe.

4.4 Les répercussions économiques du statut de conjointe

La plupart des groupes de lesbiennes rencontrés n'avaient jamais discuté au préalable des avantages et inconvénients économiques de la reconnaissance des couples de même sexe. Informées des répercussions éventuelles sur la fiscalité et l'accès aux régimes publics de soutien, de nombreuses lesbiennes ont manifesté un étonnement face à la prise en compte des statuts conjugaux dans ces régimes.

> *Nous avons beaucoup espéré être reconnu par l'État comme couple de lesbiennes. Nous avons peut-être romantisé cette reconnaissance compte tenu de ce que nous savons maintenant de la* Loi 32. *Quand vient le temps de parler des obligations économiques que ce statut entraîne, c'est une tout autre affaire. (It's a new ball game!)* (Andrea, 37 ans, Association des mères lesbiennes)

Malgré certains désavantages économiques, la plupart des répondantes estiment toutefois que l'égalité ne devrait pas être évaluée par les lesbiennes en fonction de critères économiques. C'est une question morale ajoutent certaines : voulons-nous ou non être considérées comme des citoyennes à part entière? Néanmoins, elles se sont montrées sensibles au fait que la reconnaissance du statut de conjointe pénaliserait surtout les lesbiennes mères et les lesbiennes ayant peu ou pas de revenu qui cohabitent avec une conjointe mieux nantie.

> *Depuis l'adoption de la* Loi 32, *j'ai eu la surprise, en faisant mon rapport d'impôt, de perdre la déduction pour famille monoparentale et d'avoir à considérer le revenu de ma conjointe pour le crédit d'impôt pour les frais de garde. Myriam n'est pas la mère de mon enfant, mais l'on présume qu'elle doit contribuer. Nous n'avions jamais eu auparavant à discuter de nos revenus de la sorte. Je ne savais même pas quel était exactement son salaire (rires). Maintenant, cela me gêne car je n'ai jamais mêlé mes amoureuses à ma vie de famille. C'est deux choses distinctes pour moi, surtout que François a un père avec qui je partage la garde. Autant dire cette année, que le retour d'impôt sera maigre alors que je comptais sur cette somme pour mes vacances.* (Michelle, 34 ans, Association des mères lesbiennes)

Nombre d'entre elles sont d'avis que les régimes de soutien du revenu devraient considérer le revenu individuel plutôt que le revenu familial comme critère d'admissibilité. Cette mesure serait plus cohérente avec l'autonomie financière des partenaires qui caractérisent, selon elles, les relations amoureuses entre femmes. Elles reconnaissent qu'à l'instar de nombreuses femmes hétérosexuelles vivant en union de fait ou en famille recomposée, des lesbiennes souhaiteront être exclues des régimes actuels afin de ne pas être assujetties aux obligations de soutien économique de leur partenaire. Cependant, parce qu'elles rejettent l'idée d'un traitement particulier pour les couples homosexuels, plusieurs jugent que « ce sont les régimes qu'il faut reconsidérer plutôt que de nous exclure ». De l'autre côté, elles se demandent « pourquoi offrir des avantages aux seuls couples dans la société et non pas à tous les individus? On dessert alors des intérêts collectifs et non plus des intérêts individuels ».

Devant l'absence de renseignements sur les répercussions financières de la reconnaissance des couples de même sexe, elles demandent au gouvernement de leur fournir des informations avant de déclarer leur union à l'État.

4.5 Réflexions sur les critères de définition juridique de l'union de fait

Informées des critères de définition de l'union de fait, les répondantes ont formulé plusieurs réflexions quant à la pertinence de ceux-ci et à leur cohérence face à leur mode de vie. Aucun consensus ou position majoritaire n'a pu être dégagé de ces échanges. Les lesbiennes consultées sont manifestement divisées sur cette question.

4.5.1 La cohabitation

Pour une majorité de répondantes, le critère de la cohabitation a un caractère raisonnable pour accorder des droits et des responsabilités aux partenaires d'un couple. Selon certaines participantes, la cohabitation a l'avantage de fixer des balises claires quant à l'engagement mutuel des conjointes. « L'intimité partagée devrait donner droit à une forme de reconnaissance. Je vois mal comment on pourrait imposer des obligations économiques à deux amoureuses qui ne cohabitent pas. » Quant à la durée prescrite de la cohabitation, de un à trois ans, tout dépend du but ultime de la loi, soulignent-elles.

Pour une minorité significative, l'État impose, par ce critère, une certaine vision du mode de vie conjugal à privilégier. Certains couples de lesbiennes ne cohabitent pas malgré leur engagement affectif envers leur partenaire. C'est aussi une réalité en progression chez les couples hétérosexuels. Si, pour certaines, il s'agit d'un choix, pour d'autres, cette stratégie est conditionnée par l'homophobie du milieu, en particulier dans les petites localités rurales qui sont caractérisées par un haut degré d'interconnaissance de chacun. Certaines voudraient pouvoir bénéficier de certains droits et responsabilités en tant que partenaires bien qu'elles n'habitent pas ensemble, car elles se soutiennent mutuellement en cas de difficultés. D'autres, par contre, souhaiteraient établir un contrat domestique avec une amie avec qui elles cohabitent sans être liée par une relation conjugale.

4.5.2 Le secours mutuel

Nombreuses sont les lesbiennes qui considèrent ce critère important car il correspond à leur vision de leur engagement auprès de leur partenaire. Toutefois, plusieurs sont en désaccord avec le fait que l'État se serve de ce critère pour couper les prestations sociales à une conjointe ayant peu ou pas de revenus et l'obliger à dépendre du revenu de sa partenaire. Pour certaines, l'État délèguerait ainsi aux conjointes ses responsabilités sociales à l'égard des plus démunies en privatisant le soutien.

> *Nous vivons actuellement un mouvement général de privatisation de la sécurité sociale. Je trouve que c'est une époque dangereuse pour faire reconnaître les couples de même sexe. Par exemple, la Cour suprême du Canada a rendu, au printemps dernier, un jugement au sujet d'une femme lourdement handicapée qui a divorcé de son mari après un certaine période de vie commune. Le mari avait demandé d'annuler la pension alimentaire.*

> *De son côté, elle avait demandé une augmentation de la pension et l'a obtenue. Donc, 12 ans après le divorce, la Cour dit que ce n'est toujours pas à l'État de prendre en charge cette femme, mais à son ex-mari. Nous sommes en train de forcer la famille à assumer la sécurité socio-économique de chaque individu. C'est très grave car nous sommes en train de perdre le recours à l'État et au droit à des services de soutien. Les communautés de lesbiennes n'ont pas réfléchi à l'imposition de ce modèle qui peut chambarder de fond en comble l'aspect libérateur du lesbianisme. Car les couples de lesbiennes n'auront pas la possibilité de dire « non je n'embarque pas », à moins de ne pas vivre ensemble. C'est l'entrée en grand de l'État dans nos vies.* (Andrée Côté, Association nationale des femmes et du droit)

La présomption de soutien mutuel des conjointes se fonde sur l'idée d'une mise en commun des avoirs des partenaires et d'une interdépendance économique des époux pour assurer le fonctionnement de la famille. Or, selon les participantes, ce modèle ne correspond pas nécessairement à la réalité des lesbiennes qui sont, pour la plupart, financièrement autonomes et n'ont pas d'enfants. Ce critère ne tient pas compte, disent-elles, des arrangements financiers des couples de lesbiennes de même que ceux de bon nombre de couples hétérosexuels.

> *Cela dépend de nos arrangements économiques. J'ai été avec une conjointe qui avait des problèmes de toxicomanie et qui n'était pas très responsable. Je n'aurais pas aimé la faire vivre. Peut-être qu'avec cette mesure, on va faire plus attention avec qui on vit en couple. Ici, on n'est pas à Montréal, c'est très difficile de rencontrer d'autres lesbiennes. En trouver une qui partage les mêmes intérêts et le même mode de vie que toi devient un tour de force.* (Francine, 48 ans, Rouyn-Noranda)

> *Je trouve cela inquiétant parce qu'il n'y a pas beaucoup d'emplois en Abitibi, et il y en a encore moins pour les femmes. Plutôt que de favoriser la dépendance économique à un homme ou à une femme, on devrait favoriser l'autonomie économique des femmes.* (Angèle, 51 ans, Rouyn-Noranda)

4.5.3 La notoriété de la relation

Certains régimes publics considèrent la notoriété de la relation comme un critère de définition de l'union de fait. C'est, au dire des répondantes, le critère le plus inacceptable des trois. Il s'agit, disent certaines, d'une projection du modèle conjugal hétérosexuel sur leur vécu. Si la conjugalité hétérosexuelle confère un statut public reconnu, il n'en est pas ainsi pour les unions de même sexe. À cause de la stigmatisation liée à l'homosexualité, il pourrait être difficile pour certaines lesbiennes de fournir une preuve de leur conjugalité. Plusieurs répondantes sont inquiètes de la manière dont ce critère pourrait être appliqué par le gouvernement. Quel genre de preuve devra-t-on fournir pour bénéficier d'un avantage tel une pension pour conjointe survivante? Les fonctionnaires feront-ils preuve de délicatesse envers les lesbiennes âgées ou

toutes autres lesbiennes ayant opté pour une stratégie de secret pour se protéger du jugement d'autrui? Respecteront-ils la confidentialité de ces renseignements?

> *Et si le fonctionnaire est ton voisin, le frère de ton beau-frère ou encore ta cousine, comment peut-on m'assurer que ça ne fera pas le tour de la ville? Je travaille au CLSC et la question de la confidentialité de l'information est toujours un défi, car tout le monde se connaît dans une petite ville. Beaucoup de lesbiennes vont hésiter à se prévaloir de leurs droits à un bénéfice dans ces conditions.* (Suzanne, 46 ans, Rouyn-Noranda)

De nombreuses répondantes soulignent cependant qu'elles n'ont pas d'opinion sur ces trois critères et que la question exige une réflexion approfondie. Si le gouvernement veut inclure les couples de même sexe dans la définition de l'union de fait, il devrait, là encore, les informer et les consulter afin que les critères de définition correspondent à la diversité de leurs modes de vie conjugaux.

4.6 Un mot d'ordre : l'accès à tous les statuts conjugaux sans distinction

Unanimement, tous les groupes et les personnes consultés considèrent que les couples de même sexe devraient avoir accès aux mêmes statuts conjugaux que les couples hétérosexuels. Compte tenu de la diversité des modes de vie domestiques et la tolérance grandissante de la population canadienne à l'égard de l'homosexualité, il n'y a plus de raisons légitimes de refuser aux lesbiennes et aux gais le droit de se marier, soutiennent les répondantes. Elles fondent leurs arguments sur le principe d'égalité et la nécessité de pouvoir choisir entre différents statuts juridiques celui qui correspond le mieux à leur réalité conjugale.

Ainsi, le mariage procurerait aux couples de lesbiennes qui désirent le contracter un certain nombre de droits, de protections et d'obligations dont elles ne peuvent bénéficier actuellement en union de fait. C'est particulièrement le cas au Québec, où l'union de fait n'est reconnue que dans les lois statutaires. Dans cette province, les lesbiennes qui veulent pouvoir bénéficier automatiquement des règles de partage des biens en cas de rupture, de la filiation, du soutien alimentaire ou encore de la succession, sont donc privées de l'accès à ces protections.

> *C'est important pour les lesbiennes d'avoir ce choix. Cependant, nous savons que le mariage est une institution sexiste conçue pour le bénéfice des hommes. Le mariage a été créé pour assurer la transmission de la terre, de la propriété, de l'héritage de même que des femmes et des enfants aux hommes. Cela étant dit, les lesbiennes devraient avoir le droit de se marier ou de refuser l'institution du mariage. Si elles avaient ce droit peut-être que, justement, le sens du mariage changerait.* (Solange, 38 ans, Association des mères lesbiennes)

> *Le mariage simplifierait beaucoup de choses en terme de droits; ce serait une solution pour se protéger surtout lorsqu'on a des enfants ensemble. Dans l'union de fait, il y a un délai de cohabitation alors que le mariage te protège*

> *tout de suite. C'est disponible pour tout le monde, pourquoi pas pour nous? C'est ça l'égalité, point à la ligne.* (Barbara, 34 ans, Association des mères lesbiennes)

Les lesbiennes souhaitent également une reconnaissance juridique de leur couple applicable à toutes les lois. Elles refusent l'idée d'un statut particulier pour les lesbiennes et les gais. Elles sont très formelles sur cette question, car elles associent les statuts particuliers à la marginalisation de l'homosexualité. « Je ne connais aucune loi où il serait justifié de nous exclure. »

L'idée d'instaurer un partenariat enregistré pour les personnes homosexuelles ne séduit pas de nombreuses lesbiennes. L'aspect volontaire de la déclaration est bien accueilli, voire même souhaité, mais le principe de création d'un régime distinct pour les couples homosexuels en remplacement du droit au mariage en fait frémir plus d'unes. Nous observons la même réticence chez les organisations nationales de défense des droits des gais et des lesbiennes.

> *Il n'y a personne à notre conseil d'administration qui pense que le partenariat enregistré est le meilleur modèle de reconnaissance juridique des couples de même sexe ou qu'il soit suffisant pour répondre aux aspirations des gais et des lesbiennes du pays. Pour quelques personnes à notre conseil, c'est perçu comme un pas en avant, mais certainement pas une solution finale.* (John Fisher, ÉGALE)

Cet avis est partagé par la Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe et la Coalition gaie du Québec.

Cependant, ce qui ressort comme l'élément le plus fondamental de nos consultations est le vif désir exprimé par les participantes de voir s'instaurer une déclaration volontaire de leurs unions ou encore un retrait du régime de l'union de fait. Ce mécanisme d'enregistrement ou de retrait s'appliquerait tant aux couples hétérosexuels qu'aux couples lesbiens ou gais. L'État devrait, à leur avis, respecter le libre choix des partenaires quant à l'encadrement juridique de leur couple et à l'autonomie des particuliers. Il devrait en outre offrir la possibilité de choisir de vivre une union libre, hors de tout cadre législatif imposé par l'État. De nombreuses lesbiennes consultées ont affirmé qu'elles renonceraient de plein gré tant aux bénéfices qu'aux responsabilités afférentes aux statuts conjugaux, en droit privé comme en droit public.

> *Pour celles qui veulent s'engager publiquement et pour qui le symbole est important, le mariage devrait être une option disponible. On peut voir l'interdépendance économique des partenaires comme étant très positive, car c'est une forme de solidarité économique, mais tout le monde devrait avoir le droit de choisir entre une union libre et un encadrement juridique de leur relation. Ce qui importe est de donner le choix aux personnes et non d'imposer un régime et une catégorie juridiques d'où découle inéluctablement une soumission à la législation et une éventuelle incorporation à l'institution matrimoniale.* (Andrée Côté, Association nationale des femmes et du droit)

La possibilité de réaliser des contrats domestiques avec une partenaire avec laquelle on n'entretient pas de relation conjugale est une autre option invoquée par des participantes. Pourquoi limite-t-on présentement cette option aux seuls conjoints ou époux? À l'inverse, il faut aussi se demander pourquoi deux personnes contracteraient un pacte de solidarité économique. Quel est l'intérêt de s'engager à répondre aux besoins essentiels d'autrui à la place de l'État? Nul doute toutefois que le mouvement de privatisation du soutien étatique fournira des réponses à ces questions dans un proche avenir.

4.7 Conclusion

Au terme des consultations menées auprès des groupes de défense des droits des lesbiennes du Québec et de l'Ontario francophone, on peut résumer leurs attentes et besoins en fonction de quatre constats. D'abord, sur le plan de la démocratie, les lesbiennes souhaitent être consultées par les gouvernements avant toute réforme qui accorderait à leur union un statut juridique. Elles désirent, de plus, être informées des changements législatifs en cours et de leurs effets économiques et juridiques.

Quant au contenu de ces réformes, elles réclament l'abolition de toute distinction de statut conjugal fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle des partenaires. Elles veulent pouvoir bénéficier des mêmes statuts conjugaux que les couples hétérosexuels, soit l'accès au mariage et à l'union de fait. La reconnaissance juridique d'un statut de parent aux co-mères de même que celle des familles homosexuelles dans les politiques sociales devraient accompagner la reconnaissance des couples de même sexe.

Elles souhaitent toutefois l'instauration d'un mécanisme d'enregistrement volontaire de l'union de fait ou d'un mécanisme de retrait de ce régime exigeant un consentement éclairé des parties. Les lesbiennes du Québec ne devraient pas être privées des avancées en ce domaine parce qu'elles vivent sous le régime du *Code civil*. En outre, elles demandent aux gouvernements de respecter le libre choix des couples en matière de conjugalité, y compris la possibilité de vivre en union libre.

Finalement, elles proposent certaines modalités d'application de la reconnaissance juridique des couples de même sexe soit le respect de la confidentialité des renseignements personnels, la diffusion d'information sur leurs nouveaux droits et une campagne publique de lutte contre l'homophobie. Elles incitent les gouvernements à ne pas s'arrêter à la seule dimension juridique et à reconnaître l'homosexualité et les personnes homosexuelles dans l'ensemble de leurs politiques sociales.

Note du chapitre 4

[1] Odile Dhavernas. *Droits des femmes, pouvoir des hommes,* Paris, édition du Seuil, 1978, p. 329.

5 : MODÈLES ET APPROCHES DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES COUPLES DE MÊME SEXE

De plus en plus confrontés aux revendications des gais et des lesbiennes en matière d'égalité, de nombreux États ont accordé, durant la dernière décennie, une reconnaissance juridique aux couples de même sexe. Nous décrivons dans la première partie du chapitre les différents modèles de partenariat enregistré qui existent en Occident en date de juin 2000. Ces formules de partenariat octroient aux couples de même sexe des droits et des obligations tantôt similaires, tantôt différents, de ceux accordés aux couples hétérosexuels mariés ou vivant en union de fait. À l'exception des Pays-Bas, qui ont adopté en septembre 2000 une loi qui accorde aux couples de lesbiennes et de gais le droit au mariage, aucun autre pays n'a octroyé aux couples de même sexe les mêmes droits que ceux conférés aux époux, y compris la filiation. Il subsiste donc un traitement juridique différent des couples selon l'orientation sexuelle des partenaires. Malgré les avancées considérables réalisées depuis 10 ans, force est de constater que l'égalité juridique pour les couples de même sexe demeure un objectif à atteindre.

Dix pays ont actuellement mis en oeuvre des formules de partenariat enregistré accessibles notamment aux couples de lesbiennes et de gais. Nous avons regroupé les partenariats en trois catégories selon qu'ils s'adressent uniquement aux couples de même sexe — ce sont les plus nombreux — aux couples de même sexe et de sexe opposé ou aux cohabitants qui se soutiennent mutuellement. Nous allons en présenter succinctement les critères d'accès et d'exclusion, les modalités d'enregistrement et de cessation, ainsi que les droits et les obligations associés aux diverses formules en vigueur dans chaque pays. Notre démarche est ici foncièrement descriptive et ne prétend nullement offrir une analyse exhaustive ou approfondie. Le survol des modèles de partenariat enregistré permettra, à tout le moins, de mieux contextualiser la position du gouvernement canadien et des provinces en matière de reconnaissance des couples de même sexe. Comme ils ont été répertoriés en juin 2000, nous n'avons pu tenir compte dans notre analyse de tous les changements juridiques apportés depuis.

La seconde partie du chapitre analyse les approches de l'égalité qui ont influencé la constitution des divers modèles à l'étranger et au Canada. Nous nous demanderons notamment quelle est l'approche de l'égalité privilégiée par une formule particulière de reconnaissance juridique des couples de même sexe. Quels principes fondent cette approche? En quoi cette approche est-elle acceptable ou non dans le contexte canadien, qui prévoit l'égalité sans distinction ou exclusion pour tous les citoyens et citoyennes? Notre analyse éclairera la réflexion quant à la voie à privilégier pour éliminer les discriminations persistantes à l'endroit des couples de lesbiennes que nous aborderons au chapitre suivant.

5.1 Modèles de reconnaissance juridique à l'étranger

5.1.1 Les modèles de partenariat enregistré pour les couples de même sexe seulement

Nous traitons dans cette section des formules d'enregistrement des unions qui s'adressent uniquement aux couples de même sexe. Le Danemark, la Norvège, la Suède, l'Islande et

l'État du Vermont (États-Unis) ont adopté durant la dernière décennie des lois sur le partenariat enregistré des couples homosexuels.

Danemark

En 1989, le Danemark a été le premier pays à mettre en oeuvre une formule de reconnaissance juridique des couples de même sexe. Entrée en vigueur le 1er octobre 1989, la loi sur le partenariat enregistré permet l'enregistrement des unions pour les couples gais et lesbiens[1]. S'inspirant du modèle établi au Danemark, la Norvège, la Suède et l'Islande ont emboîté le pas. Quelles motivations ont conduit à l'adoption de ce projet de loi pionnier? Tout d'abord, rappelons que la propagation du sida, véritable pandémie durant les années 1980, a mis en lumière de façon dramatique les conséquences de l'absence de protection juridique pour les personnes homosexuelles. Aucun droit au congé de deuil et à la rente pour conjoint survivant, spoliation des biens communs par la famille en l'absence d'un testament, la liste était longue et la vulnérabilité des conjoints gais ne faisait plus de doute. L'urgence de protéger les liens amoureux unissant deux personnes de même sexe résulte ainsi historiquement de l'épidémie du sida.

Outre ce motif, Linda Nielsen (1990, p. 298) rapporte d'autres objectifs sous-jacents. La loi visait à créer une institution légale qui permettrait aux couples de même sexe de réglementer leur vie commune tout en protégeant la partie vulnérable. Le partenariat enregistré était jugé nécessaire pour offrir à ces couples les mêmes droits et obligations qu'aux couples mariés. S'appuyant sur les principes d'autonomie et d'égalité, le projet de loi danois prévoyait que les couples homosexuels, à l'instar des couples hétérosexuels, devaient avoir le droit de choisir d'officialiser ou non leur union, d'où le principe d'un enregistrement volontaire. Cette formule était préférée à la reconnaissance *de facto* des unions de fait. Enfin, le législateur prévoyait que la reconnaissance juridique des couples de même sexe améliorerait les chances de stabilité de leurs unions. En fournissant une légitimité à ces unions et en favorisant une attitude plus positive à leur endroit, l'effet escompté était une réduction de la propagation du VIH.

Dès sa création au Danemark, le partenariat enregistré fut une institution ouverte seulement aux couples de même sexe. De cette façon, comme le rapporte l'article premier de la loi, il n'entrerait pas en conflit avec le mariage ni ne lui ferait compétition. Les dispositions entourant la formation et la dissolution du partenariat sont les mêmes que celles prévues pour le mariage : les partenaires doivent être majeurs, ne pas être mariés ou déjà liés par un partenariat enregistré et ne pas avoir de lien de parenté trop rapproché[2]. Les procédures de séparation sont les mêmes que celles d'un divorce[3]. De plus, l'un des deux partenaires doit être danois et avoir élu domicile au Danemark pour pouvoir s'enregistrer, une condition qui n'existe pas pour le mariage[4]. Depuis juin 1999, une loi portant sur les conditions des parties au partenariat est toutefois entrée en vigueur. Il est maintenant possible de s'enregistrer au Danemark si au moins l'un des deux conjoints est citoyen d'un des pays nordiques qui reconnaissent déjà le partenariat enregistré des couples de même sexe (Islande, Norvège et Suède). Par exemple, une Suédoise pourrait, si elle est résidante permanente du Danemark, faire enregistrer son couple dans ce pays. La loi permet aussi à deux résidants permanents du Danemark, peu importe leur nationalité, de s'enregistrer (Forder, 1999b, p. 63-64).

Concernant les droits et les obligations des partenaires, le partenariat enregistré a les mêmes effets que le mariage[5], à l'exception des droits concernant l'adoption et la garde conjointe des enfants[6]. Les partenaires jouissent des mêmes droits successoraux et ont la même obligation de support mutuel que les époux. Ils sont soumis aux mêmes dispositions en ce qui concerne, par exemple, la division du patrimoine et le droit fiscal (Hurley, 1994, p. 2).

Les couples de même sexe qui choisissent de ne pas s'enregistrer sont traités de la même façon que les couples hétérosexuels qui choisissent de ne pas se marier. Soulignons qu'en 1987, le Parlement danois a adopté une résolution pressant le gouvernement de remplacer le principe familial par le principe individuel dans les programmes d'assistance sociale. Quelques lois, dont l'aide sociale, ont été transformées afin que le revenu du conjoint de fait ne soit pas pris en compte dans le calcul des prestations. Comparativement au Canada, les politiques sociales danoises s'appuient beaucoup moins sur le statut conjugal des bénéficiaires et favorisent davantage un accès universel. Cependant, selon Martha Bailey (1999), le mouvement vers l'adoption du principe individuel dans les politiques sociales semble stagner et le Danemark réexaminerait maintenant la possibilité d'accorder une reconnaissance aux conjoints de fait dans ses lois sur la famille.

Dix ans après l'adoption de la loi sur le partenariat enregistré, le Danemark innove encore une fois avec des mesures visant à renforcer la relation légale entre les parents gais ou lesbiennes et leurs enfants. Depuis le 1er juillet 1999, en effet, les conjoints de même sexe peuvent adopter les enfants de leur partenaire, à moins que ces derniers n'aient été adoptés à l'origine dans un pays étranger. Le 8 juillet 1999, un projet de loi visant à permettre aux couples de même sexe d'adopter des enfants a franchi l'étape de la deuxième lecture (Forder, 1999b, p. 68-69). Soulignons aussi qu'au Danemark, les lesbiennes ont accès à l'insémination artificielle.

Tableau 1 : Couples de même sexe enregistrés au Danemark, de 1989 à 1997

Année	Couples de femmes			Couples d'hommes			Enfants	Total
	enregistrés	séparés	décès	enregistrés	séparés	décès	nombre	couples enregistrés
1989	122	0	1	518	1	3	10	**640**
1990	211	8	3	584	5	34	27	**795**
1991	158	14	2	298	20	24	41	**456**
1992	135	16	6	202	41	35	46	**337**
1993	78	41	2	175	38	34	49	**253**
1994	158	23	2	121	57	31	59	**279**
1995	99	45	5	152	48	37	81	**251**
1996	146	33	6	144	45	22	91	**290**
1997	159	38	4	81	67	5	148	**240**
Total	**1 266**	**218**	**31**	**2 275**	**322**	**225**	**562**	**3 541**

Source :
Danish Partnership Statistics, « Gays Lose Interest Lesbians Keep On Coming », <http://www.lbl.dk/partstat.htm>, consulté le 4 février 2000.

Au 31 décembre 1997, les statistiques du Danemark révèlent que 3 541 couples de même sexe ont enregistré une union et que 540 unions ont été dissoutes. Beaucoup plus d'hommes gais que de lesbiennes ont décidé de s'enregistrer, soit 4 550 par comparaison à 2 532. Après

1993, moins de 300 couples de gais et de lesbiennes se sont enregistrés annuellement, ce qui semble peu compte tenu de la population danoise. Enfin, notons que 562 enfants vivent avec leurs parents lesbiennes ou gais dans un contexte de partenariat enregistré[7].

Norvège

En 1993, la Norvège adopte à son tour une loi sur le partenariat enregistré des couples de même sexe[8]. Ce pays avait déjà décriminalisé l'homosexualité masculine en 1972 et prohibé la discrimination et la propagande haineuse à l'endroit des gais et des lesbiennes en 1981[9]. Quatre ans après le Danemark, ce projet de loi fut adopté par une large majorité de députés, malgré l'opposition d'évêques et d'organisations cléricales. Selon eux, le projet de loi allait trop loin en accordant aux couples de même sexe des droits et des obligations similaires aux couples mariés, ayant dès lors l'effet d'affaiblir le statut du mariage[10].

Suivant le modèle danois, le partenariat enregistré norvégien n'est possible que pour les couples de même sexe. Un des deux partenaires doit être résidant permanent ou citoyen du pays pour pouvoir en bénéficier, condition qui n'existe pas pour les couples désirant se marier. Les dispositions relatives à la formation et à la dissolution du partenariat sont identiques à celles prévues pour le mariage. Les partenaires doivent être majeurs, ne pas être mariés ou déjà liés par un partenariat enregistré et ne pas avoir de lien de parenté trop rapproché. Les procédures de séparation sont les mêmes que pour un divorce. L'enregistrement confère presque toutes les conséquences juridiques du mariage, sauf le droit d'adopter conjointement un enfant[11]. En 1999, les lesbiennes n'avaient toujours pas accès aux services publics d'insémination artificielle[12].

En vertu de la loi, les partenaires enregistrés jouissent des mêmes droits et ont les mêmes obligations que les époux, qu'il s'agisse des droits successoraux, du patrimoine familial ou de l'obligation de soutien mutuel. Ils sont soumis aux mêmes dispositions que les personnes mariées en ce qui concerne le droit fiscal et les lois sociales. Depuis 1995, le Danemark, la Norvège, la Suède et l'Islande ont décidé d'un commun accord de reconnaître réciproquement leurs partenariats enregistrés. Ainsi, en matière de droit privé international, la reconnaissance des partenariats enregistrés est limitée aux pays scandinaves.

Nous ne connaissons pas le nombre exact de couples de lesbiennes et de gais ayant choisi de s'enregistrer en Norvège. Les couples de même sexe qui ne se sont pas enregistrés bénéficient toutefois du même traitement que les couples hétérosexuels qui cohabitent. En Norvège, les partenaires des couples vivant en union libre, peu importe leur orientation sexuelle, sont traités comme des personnes célibataires; la grande majorité des lois ne prévoient pas pour eux de droits et d'obligations mutuels (Bailey, 1999, p. 104). Toutefois, en 1992, la Norvège a adopté une loi sur les cohabitants. La *Joint Household Act* fournit une certaine protection juridique à tout groupe de personnes qui cohabitent depuis au moins deux ans, notamment en ce qui a trait au maintien dans le lieu de résidence en cas de décès ou de rupture des parties du ménage[13]. Nous traiterons de cette loi à la section portant sur les modèles de partenariat pour les cohabitants qui se soutiennent mutuellement.

Il est intéressant de connaître les motifs sous-jacents à la promulgation de la loi norvégienne sur le partenariat enregistré, tels que les a formulés le ministère de l'Enfance et de la Famille. Les arguments avancés s'appuient sur la similitude entre les couples de même sexe et les couples mariés quant à leurs situations :

> Les conditions économiques dans lesquelles les couples homosexuels vivent sont de même nature que celles des couples mariés, mises à part celles qui concernent la responsabilité des enfants. Les couples de gais et de lesbiennes ont les mêmes raisons émotives et pratiques de souhaiter des droits et obligations réciproques, et il existe le même besoin de protéger la partie la plus vulnérable (Lødrup, 1995, p. 388, cité dans Bailey 1999, p. 105).

Le Ministère ajoute que le droit de conclure un contrat privé régissant, par exemple, la propriété des biens et l'héritage ne constitue pas un cadre juridique satisfaisant pour les unions entre personnes de même sexe. En effet, précise-t-il, « tout comme les couples hétérosexuels vivant en union libre, très peu de partenaires homosexuels se prévalent de l'occasion de conclure de telles ententes en partie parce qu'ils n'en prévoient pas la nécessité en cas de crise, par exemple, advenant le décès d'un membre du couple ou la dissolution de la relation pour tout autre motif » (Lødrup, 1995, p. 389, cité dans Bailey 1999, p. 106). Outre ces arguments, le Ministère norvégien affirme sans équivoque la nécessité d'accepter publiquement les relations conjugales entre personnes de même sexe en leur conférant une reconnaissance légale. Cette mesure vise donc à encourager les gais et les lesbiennes à se manifester et à sortir de la clandestinité et de l'isolement.

Suède

En Suède, deux lois offrent nommément une reconnaissance juridique aux couples de même sexe : celle sur les cohabitants homosexuels (*The Homosexual Cohabitees Act*) et celle sur le partenariat enregistré (*Registered Partnership Act*). En vertu de ces lois, les couples de même sexe sont reconnus à titre de partenaires domestiques ou de partenaires enregistrés. Les couples gais et lesbiens, comme les couples hétérosexuels vivant en union de fait, peuvent choisir de s'exclure de certaines dispositions de la loi sur les cohabitants en signant une déclaration conjointe à cet effet (mécanisme d'*opting out*).

Adoptée en 1988, la loi sur les cohabitants (*Cohabitees (Joint Home) Act*) régit les droits et les obligations des couples hétérosexuels vivant en union de fait. Plutôt que d'inclure les couples de même sexe dans la définition de l'union de fait, le Parlement suédois a préféré promulguer une autre loi régissant leurs droits et leurs responsabilités : la loi sur les cohabitants homosexuels (*The Homosexual Cohabitees Act*). Les deux lois sur les cohabitants furent adoptées en même temps. Les couples hétérosexuels et homosexuels ne peuvent choisir si les lois concernant la cohabitation s'appliquent à eux. L'attribution des droits et des responsabilités s'applique sans qu'il y ait de geste posé, comme l'enregistrement par exemple. C'est une reconnaissance *de facto*. Dans le cas des couples hétérosexuels, la loi s'applique « lorsqu'un homme non marié et une femme non mariée vivent ensemble dans des circonstances qui ressemblent au mariage » (Forder, 1999b, p. 1). Dans le cas des couples de même sexe, la loi s'applique si deux personnes habitent ensemble dans une relation homosexuelle ou lesbienne[14]. Dans les deux cas, on ne

stipule pas la durée minimale de cohabitation. Les deux lois visent à protéger la partie la plus vulnérable du couple.

La loi sur les cohabitants hétérosexuels concerne principalement la résidence et les meubles acquis pendant la relation pour l'usage commun; les voitures et les résidences secondaires sont explicitement exclues. Un conjoint ne peut disposer de ces biens sans le consentement de l'autre. En cas de séparation, l'un ou l'autre peut en demander le partage à moins que les conjoints n'aient signé un accord excluant la division de ces biens. De même, si l'un des conjoints décède, le survivant peut demander sa part de la propriété conjointe avant que la succession ne soit divisée entre les bénéficiaires testamentaires. La résidence principale et les biens utilisés par le ménage sont considérés comme une propriété conjointe, indépendamment du fait que l'un ou l'autre des conjoints en soit le propriétaire nominal. Cependant, les biens acquis avant l'union ne sont pas considérés ainsi, même s'ils servent à l'usage commun. Dans le cas d'une maison, les améliorations apportées pendant l'union donneront lieu à un actif commun et partageable. À part la propriété conjointe, la cohabitation ne crée pas d'obligation alimentaire ou de droits à l'héritage. Toutefois, le statut de cohabitant (partenaire domestique) est reconnu dans de nombreuses lois statutaires.

La loi sur les cohabitants homosexuels comporte les mêmes dispositions concernant la propriété des biens et la protection de la résidence principale. Toutefois, au chapitre des lois statutaires, de nombreuses restrictions ont été imposées dès le départ aux cohabitants homosexuels. Des contestations judiciaires ont été menées pour éliminer cette différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des partenaires de sorte que, progressivement, plusieurs distinctions ont été abolies, à l'exception de celles concernant les enfants. En vertu de la loi, les cohabitants homosexuels ne peuvent pas être nommés conjointement comme gardiens ou tuteurs d'un enfant. Ils ne peuvent pas adopter conjointement un enfant et l'un des cohabitants ne peut pas adopter l'enfant de l'autre. Les lesbiennes n'ont pas droit aux services publics d'insémination artificielle; celles qui veulent enfanter doivent soit consulter un médecin en pratique privée, soit aller à l'étranger, notamment au Danemark. Les cohabitants gais et les cohabitantes lesbiennes n'ont pas d'obligation financière à l'égard des enfants de leurs conjoints ou conjointes, à moins qu'ils n'aient eu des enfants ensemble. Puisque la loi exclut qu'un couple gai ou lesbien ait des enfants ensemble (sauf dans les rares cas d'adoption à l'étranger), elle ne leur impose pas cette obligation. En 1999, une commission parlementaire a examiné la légitimité de cette condition deux poids, deux mesures, et il devrait y avoir une réforme de la loi sur les cohabitants homosexuels.

En 1995, la Suède a adopté une loi sur le partenariat enregistré qui vise uniquement les couples homosexuels[15]. Cette loi accorde aux couples de même sexe le droit de contracter un partenariat qui a les mêmes effets juridiques que le mariage, à l'exception de la reconnaissance de la parentalité[16]. Un des deux partenaires doit être citoyen et résidant du pays pour pouvoir en bénéficier. Les partenaires doivent être majeurs, ne pas être mariés ou déjà liés par un partenariat enregistré et ne pas avoir de lien de parenté trop rapproché[17]. L'enregistrement du partenariat se fait nécessairement devant des instances civiles par une brève cérémonie prescrite par la loi. Les procédures de séparation sont les mêmes que pour un divorce. L'enregistrement a les mêmes conséquences que le mariage, notamment en ce qui

concerne le partage des biens au moment de la dissolution de l'union, les obligations alimentaires et l'héritage. De façon générale, tout bien qui n'appartient pas en propre à l'un des partenaires est considéré comme propriété commune. Les biens propres sont ceux qui étaient la propriété de l'un ou l'autre des conjoints au moment de l'enregistrement du partenariat (Forder, 1999b, p. 12). Ils regroupent aussi les dons ou legs et les produits d'un régime d'assurance ou de pension. Il est possible pour un couple de considérer tous ses actifs comme des biens propres et de ne rien partager. Les tribunaux interviennent alors seulement lorsqu'il y a un désaccord. Quant à la pension alimentaire, les tribunaux suédois l'accordent entre adultes seulement dans des circonstances exceptionnelles et généralement pour une période limitée. Toutefois, si la relation est de longue durée, qu'un des conjoints est handicapé ou incapable de gagner sa vie pour d'autres raisons (présence de nombreux enfants ou d'un enfant handicapé, par exemple), la pension alimentaire peut être accordée pour une période indéfinie.

Comparativement aux régimes fiscaux et aux programmes de soutien du revenu en vigueur au Canada, le mariage ou la reconnaissance du statut de conjoints de fait en Suède a peu de conséquences financières, à part celles liées aux obligations alimentaires et au partage des biens familiaux déjà mentionnées. Le régime fiscal suédois est fondé sur l'individu et il n'y a pas d'exemptions ou de crédits pour le conjoint. Il y a peu de programmes sélectifs comportant une évaluation du revenu, ce qui a pour effet de minimiser les désavantages liés à la reconnaissance du statut de conjoint.

Certaines dispositions légales relatives au sexe de la personne mariée, par exemple le droit à une rente de veuve ou la présomption quant à la filiation paternelle, ne s'appliquent pas aux partenaires enregistrés[18]. Les autres exceptions concernent les enfants et elles sont également examinées par une commission parlementaire. À l'heure actuelle, les partenaires enregistrés ne peuvent adopter des enfants, seuls ou conjointement, ni être nommés conjointement gardiens ou tuteurs d'un enfant mineur. Paradoxalement, l'enregistrement est plus restrictif que la cohabitation parce qu'un cohabitant homosexuel a le droit légal d'adopter seul un enfant (en supposant que les services sociaux l'y autorisent). Comme dans le cas de la loi sur les cohabitants homosexuels, les lesbiennes vivant sous le régime d'un partenariat enregistré n'ont pas droit aux services publics d'insémination artificielle.

Par contre, les partenaires enregistrés ont des obligations financières à l'égard des enfants de leur conjointe ou conjoint, comme c'est le cas pour les personnes mariées. Il est aussi intéressant de noter que tout parent peut prendre un congé indemnisé à 80 p. 100 de son salaire pour soigner un enfant malade (jusqu'à 60 jours par année par enfant et par parent, donc 120 jours au total). Depuis 1995, les partenaires ont le droit de transférer ce congé à une autre personne qui s'occupe de l'enfant (Swedish Institute, 1997, p. 3-4). Donc, une mère lesbienne vivant sous le régime de la cohabitation ou du partenariat enregistré peut demander à sa conjointe de prendre un congé rémunéré pour s'occuper de son enfant malade.

En 1996, environ 550 000 couples, dont 250 000 avec enfants, cohabitaient sans être mariés en Suède. La même année, il y avait environ 1 450 000 couples mariés (Forder, 1999b, p. 7). En 1995, année où la Suède instaura la loi sur le partenariat enregistré, 249 hommes et

83 femmes se sont enregistrés, mais en 1998 seulement 79 hommes et 46 femmes en ont fait autant[19]. Ainsi, entre 1995 et 1999, 507 hommes et 240 femmes se sont enregistrés; les partenariats féminins représentent donc environ le tiers du total. Il faut donc conclure que cette formule n'est pas très populaire en Suède, comme dans les autres pays scandinaves. Seule une étude approfondie permettrait toutefois de connaître les raisons pour lesquelles les couples de même sexe hésitent à conclure un tel contrat.

Islande

En 1996, soit un an après la Suède, l'Islande a adopté à son tour une loi sur le partenariat enregistré. À l'instar des autres pays scandinaves, cette formule n'est offerte qu'aux couples de même sexe[20]. Là encore, la loi accorde aux couples de gais et de lesbiennes les mêmes droits et obligations prévus par le mariage. Les partenaires sont considérés semblables aux époux sauf en ce qui a trait à leur droit à l'adoption conjointe, à l'insémination artificielle et à la rente de veuve[21]. Les partenaires jouissent des mêmes droits que les époux en ce qui concerne le patrimoine familial, l'héritage et le droit fiscal, et ils ont la même obligation de support mutuel.

À la différence des partenariats enregistrés en Suède, au Danemark ou en Norvège, celui de l'Islande accorde le droit au partage de l'autorité parentale. Les données limitées sur les partenariats enregistrés dans ce pays ne permettent malheureusement pas de savoir combien de couples et de parents gais ou lesbiens se sont prévalus du régime.

États-Unis (Vermont)

À la suite de l'affaire *Baker v. State*, la Cour suprême du Vermont a statué, en 1999, que la loi sur le mariage discriminait contre les couples de même sexe. Plutôt que d'accorder le droit aux couples de même sexe de se marier, la Cour a proposé un régime séparé de partenariat enregistré pour les couples homosexuels. Dans sa décision, la Cour réitère que la loi sur le mariage au Vermont devait être interprétée comme l'union exclusive entre un homme et une femme[22]. La Cour s'appuie toutefois sur les principes de l'égalité des citoyens, de la promotion de la stabilité des familles ainsi que la protection des personnes vulnérables pour enjoindre le législateur à établir un régime d'unions civiles où les couples de même sexe pourraient bénéficier des mêmes droits et obligations que les conjoints mariés. La *Loi 91* sur les unions civiles a été adoptée le 26 avril 2000[23]. Le Vermont devient ainsi le premier État américain à offrir aux couples de même sexe une équité en matière de droits matrimoniaux. Il faut souligner que cet État avait déjà adopté en 1992 une loi interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et qu'il avait modifié, en 1996, sa loi sur l'adoption afin d'en élargir l'accès aux couples de gais et de lesbiennes.

Suivant le modèle scandinave, la possibilité de contracter une union civile n'est possible que pour les couples de même sexe[24]. Les dispositions relatives à la formation d'une union civile sont les suivantes. Les partenaires doivent être majeurs, ne pas être mariés ou déjà liés par un contrat d'union civile et ne pas avoir de lien de parenté trop rapproché[25]. La formation d'une union civile requière aussi un enregistrement à la mairie de la municipalité où résident les partenaires. Si le couple satisfait les conditions pour établir une union civile, on leur accorde d'abord une licence. Dans les 60 jours suivants l'octroi de la licence, le couple doit faire

certifier celle-ci auprès d'un juge, d'un juge de paix ou du clergé, sinon elle peut être révoquée[26]. Les dispositions relatives à la dissolution de l'union civile sont identiques à celles prévues pour le mariage[27].

En vertu de la loi, les partenaires d'une union civile jouissent des mêmes droits, des mêmes protections et ont les mêmes obligations que les époux, qu'il s'agisse du lieu de résidence, du patrimoine familial, des droits successoraux et de l'obligation de soutien mutuel[28]. Fait intéressant, le législateur accorde aussi aux parties des droits parentaux identiques à ceux conférés aux personnes mariées en matière de filiation, d'adoption et de garde d'enfants[29]. Les partenaires sont soumis aux mêmes dispositions que les personnes mariées en ce qui concerne les lois sociales et les lois fiscales du Vermont. Les droits et obligations des partenaires en union civile ne sont toutefois pas reconnus, pour l'instant, par les lois fédérales américaines. Les couples de même sexe qui choisissent de ne pas contracter une union civile sont considérés dans les régimes publics comme des célibataires qui cohabitent ensemble.

La *Loi 91* sur les unions civiles comprend également des dispositions pour les personnes apparentées (par lien consanguin ou par l'adoption) qui se fournissent une assistance mutuelle sans vivre une relation conjugale ou maritale[30]. Nous traiterons des droits et obligations disponibles pour ces ménages dans la section portant sur les modèles de partenariat enregistré pour les cohabitants qui se soutiennent mutuellement.

5.1.2 Les modèles de partenariat enregistré pour les couples de même sexe et de sexe opposé

Dans cette section, nous décrivons les lois des Pays-Bas et de la France, qui ont tous deux créé des formules de partenariat enregistré pour les couples de même sexe et les couples de sexe opposé. Nous avons également ajouté une section sur la Hongrie, car ce pays vient de modifier certains articles de son Code civil afin d'y inclure les couples de même sexe. Il ne s'agit pas d'un partenariat enregistré proprement dit, mais d'une disposition législative dont peuvent se prévaloir les couples de lesbiennes et de gais qui veulent protéger certains aspects de leur union.

Pays-Bas

Alors que le Danemark, la Norvège, la Suède et l'Islande réservent le partenariat enregistré aux couples de même sexe, aux Pays-Bas, la formule est offerte aux couples homosexuels et hétérosexuels[31]. La loi hollandaise sur le partenariat enregistré est entrée en vigueur le 1er janvier 1998. À partir de cette date, les couples gais et lesbiens qui souhaitaient officialiser légalement leur union avaient le choix entre le partenariat enregistré ou le contrat de cohabitation. Cependant, dès le 1er janvier 2001, ils auront aussi le droit de contracter mariage, ce qui inclus la filiation ainsi que la possibilité d'adopter un enfant. Les couples homosexuels et hétérosexuels auront donc accès aux mêmes statuts conjugaux.

Par ailleurs, l'accès au partenariat enregistré pour les couples de sexe opposé a suscité des réactions de désapprobation parmi les autres pays européens qui, de façon générale, favorisaient le modèle scandinave de l'égalité séparée. Plusieurs pays ont fait valoir qu'en incluant les couples hétérosexuels, le modèle hollandais de partenariat enregistré pourrait

faire concurrence au mariage (Bailey, 1999, p. 111). Aux Pays-Bas, la question a été longuement débattue lors du dépôt du projet de loi sur le partenariat en 1995 (Forder, 1999b, p. 61). C'est finalement l'argument de l'égalité pour les couples de même sexe qui présida à l'adoption de cette formule. Ainsi, comme le rapporte Caroline Forder :

> L'intention n'était pas principalement d'accorder aux couples de sexe opposé les mêmes droits qu'aux couples de même sexe, mais plutôt de souligner que l'institution du partenariat enregistré visait à protéger une relation émotive au sein d'un couple, sans égard au sexe. Par conséquent, la décision prise reflétait un désir d'affirmer la neutralité de l'institution quant à la sexualité des personnes formant le couple *[traduction]* (1999b, p. 61).

D'ailleurs, l'institution connaît une certaine popularité auprès des couples hétérosexuels vivant en union libre. Entre janvier et novembre 1998, 11 mois après l'entrée en vigueur de la loi, 4 237 couples se sont enregistrés dont le tiers (1 353) étaient des couples hétérosexuels vivant en union libre (tableau 2). Notons que l'écart entre le nombre de couples de lesbiennes et de gais enregistrés est beaucoup moins important aux Pays-Bas qu'au Danemark. Par ailleurs, il aura fallu moins d'un an pour franchir la barre des 1 200 enregistrements de couples de femmes, alors qu'il en a fallu six pour atteindre ce nombre[32] au Danemark.

Tableau 2 : Nombre de partenariats enregistrés aux Pays-Bas, novembre 1998

Partenariats enregistrés	Nombre
Homme/homme	1 577 unions
Femme/femme	1 307 unions
Femme/homme	1 353 unions
Total	**4 237 unions**

Source :
Ministère de la Justice des Pays-Bas, *Registered Partnership in the Netherlands: A Quick Scan*, La Haye, WODC, 1999, p. 13.

Les raisons pour lesquelles les couples de sexe opposé choisissent le partenariat enregistré plutôt que le mariage ne sont pas claires; une étude approfondie pourrait éventuellement offrir des pistes de réponses. Cependant, une enquête menée par le ministère de la Justice des Pays-Bas auprès de 153 couples enregistrés, dont 51 couples hétérosexuels, révèle que les raisons les plus fréquemment citées concernent le droit à la pension pour conjoint survivant, à l'héritage et à la propriété conjointe de la résidence[33]. Pourtant, ce sont tous des droits qui peuvent être obtenus en contractant mariage. On peut penser, par conséquent, que les couples visés rejettent le symbolisme du mariage, même civil, puisque le partenariat enregistré offre sensiblement les mêmes droits et obligations, et participe de la même idéologie. Quant aux considérations émotives, fait surprenant, la reconnaissance mutuelle était plus importante pour les couples hétérosexuels. Chez les couples de même sexe interrogés, la reconnaissance de la société constituait également un facteur émotif important, en particulier pour les couples de femmes[34]. Près de 80 p. 100 des partenaires gais et lesbiennes ont aussi mentionné qu'ils auraient choisi le mariage si cela avait été possible et 62 p. 100 ont affirmé qu'ils comptent convertir leur partenariat enregistré en mariage dès qu'ils le pourront[35]. Près de 30 p. 100 des couples étudiés avaient des enfants.

Les dispositions en vigueur aux Pays-Bas pour la dissolution et la formation du partenariat sont les mêmes que celles prévues pour le mariage : les partenaires doivent être majeurs, ne pas être mariés ou déjà liés par un partenariat enregistré et ne pas avoir de lien de parenté trop rapproché[36]. Le partenariat enregistré n'est offert qu'aux citoyens et aux résidants permanents des Pays-Bas. La dissolution du partenariat peut faire l'objet d'une entente mutuelle entre les deux partenaires alors que le divorce doit toujours être prononcé par un tribunal[37]. Toutefois, les conditions de la rupture doivent être homologuées par un avocat ou un notaire et l'entente doit être consignée au registre d'état civil. Les conjoints signent une entente qui stipule la division du patrimoine, de la pension, des dettes et de la pension alimentaire, s'il y a lieu. Ce n'est qu'en cas de mésentente que l'on demande au tribunal de rendre une décision[38].

Au chapitre des droits et des obligations, le partenariat enregistré et le mariage sont presque équivalents en Hollande comme dans les pays scandinaves[39]. Les partenaires se devant secours et assistance, l'obligation de fournir une pension alimentaire s'applique automatiquement. Le partenariat enregistré est un régime de communauté de biens qui prévoit la protection de la résidence et le partage du patrimoine familial et de la pension en cas de rupture. Durant l'union, une partie ne peut prendre de décisions relatives aux biens de la famille sans le consentement de l'autre[40]. Le partenariat enregistré ne crée pas de lien légal entre la partenaire lesbienne et l'enfant de sa conjointe. Toutefois, celle-ci peut adopter l'enfant de sa conjointe que l'union soit ou non régie par un partenariat enregistré. En effet, depuis janvier 1998, en vertu d'une modification à la loi sur la garde conjointe des enfants, le partenaire d'un parent homosexuel peut obtenir la garde conjointe[41]. Dans un tel cas, la conjointe d'une mère lesbienne a des obligations de soutien envers l'enfant qui se perpétuent même après la dissolution du partenariat. De plus, l'enfant peut prendre le nom de cette mère. L'obtention de la garde ne permet toutefois pas au coparent d'exercer tous les droits parentaux : les droits successoraux, par exemple, ne peuvent être transmis à l'enfant (Forder, 1999b, p. 67).

Le 12 septembre 2000, le gouvernement des Pays-Bas a adopté une loi accordant aux couples homosexuels le droit de se marier. Cette loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2001. Outre le droit de contracter un mariage civil, la filiation et l'adoption deviendront possibles pour les couples de même sexe[42]. Suivant les recommandations de la Commission Kortmann, un projet de loi avait été déposé à cet effet en 1999. Un communiqué publié le 27 juin 1999 signale que les partenariats enregistrés ne seront pas abolis et ce, même après l'introduction du mariage entre personnes homosexuelles. Ils continueront d'exister parallèlement au mariage pendant au moins cinq ans[43].

France

Il aura fallu 10 ans de débats avant que la France n'adopte un projet de loi accordant une protection juridique aux couples de même sexe. Nulle part ailleurs en Europe la question d'un régime juridique pour les couples de sexe opposé ou de même sexe vivant en union libre n'a-t-elle soulevé autant de réflexions, de propositions et d'oppositions dans les communautés gaies et lesbiennes, l'opinion publique et la classe politique. De 1989 à 1999, pas moins de six propositions de projet de loi furent présentées, toutes désignées par leurs acronymes phonétiques : le CUS (Contrat d'union sociale), le CUC (Contrat d'union civile),

le CUL (Contrat d'union libre), le CUCS (Contrat d'union civile et sociale), le PIC (Pacte d'intérêt commun) et, finalement, le PACS (Pacte civil de solidarité). Cela sans compter les propositions visant à accorder une définition juridique au concubinage dans le *Code civil* et, dans un deuxième temps, à prévoir un élargissement de cette définition afin d'y inclure les couples de même sexe. Bref, il fut difficile en France de rallier une majorité autour d'une proposition.

Dès le début, les diverses formules d'encadrement juridique proposées avaient pour but d'accorder aux personnes sans lien conjugal des droits et des avantages sociaux qui n'étaient auparavant accessibles qu'aux seuls couples hétérosexuels. Audacieux et avant-gardistes, le CUC, le CUS et le CUCS visaient à régir les relations entre toutes les personnes (à l'exception d'ascendants et de descendants) qui avaient un « projet commun de vie » en leur offrant un minimum de protection par rapport, notamment, à l'occupation de la résidence et à certains avantages sociaux prévus dans les lois (assurance-maladie, congés, etc.) (Pouliquen, 1997, p. 54). Les instigateurs des diverses propositions auraient pu se laisser séduire par l'idée d'un partenariat enregistré à la scandinave. Le particularisme étant décrié en France, il était toutefois peu probable qu'elles auraient reçu un appui important des communautés gaies et lesbiennes. Ces communautés ont favorisé une formule ouverte à tous, ce que plusieurs critiquèrent comme une tentative de camoufler le mariage gai sous un emballage neutre (Weill, 1998, p. 43). Accusation à laquelle les groupes de pression se sont empressés de répondre ainsi :

> En dépit des accusations de communautarisme, les associations homosexuelles se sont toujours opposées à un partenariat spécifique dans lequel les « experts » ont tenté de les enfermer, au nom de leur différence. Elles ont toujours revendiqué un PACS ouvert à tous, aux couples homosexuels comme hétérosexuels. Notre logique est égalitariste et universaliste (Observatoire du PACS, 1999).

> C'est la première fois, je crois, que des homosexuels et des lesbiennes proposent à toute la société quelque chose qu'ils ne revendiquent pas seulement pour eux. En termes de reconnaissance sociale, je crois que c'est beaucoup plus important. Beaucoup plus important que d'obtenir quelque chose pour sa propre catégorie[44].

Certaines des propositions ont été présentées à l'Assemblée nationale de France, mais aucune n'a abouti à l'adoption d'un projet de loi. Plus le temps passait, plus l'idée d'offrir des droits, des obligations et des avantages aux seuls couples au détriment des dyades non conjugales gagnait des appuis. Il faut dire qu'avant l'adoption du PACS, le *Code civil* ne reconnaissait pas de statut juridique aux couples hétérosexuels vivant en concubinage (union de fait). Aussi le partenariat enregistré visait-il à offrir une certaine protection à ces cinq millions de couples français, sans compter les couples de lesbiennes et de gais (Guigou, 1998). La proposition relative au PACS va, à la fois, offrir un statut juridique au concubinage[45] et édicter un cadre juridique pour les couples qui veulent davantage de protection que le concubinage. Nous verrons toutefois que ces droits et obligations ont une portée limitée si on les compare à ceux obtenus par la signature d'un partenariat enregistré aux Pays-Bas et dans les pays

scandinaves. Le tableau 3 résume les principales propositions d'encadrement juridique des unions de même sexe en France, de 1989 à 1999. Il reflète l'évolution générale de la question[46].

Revenons un peu en arrière. À l'automne 1998, l'Assemblée nationale a débattu une proposition d'encadrement juridique des unions libres : le Pacte de solidarité civile et sociale. Malgré plusieurs années de discussions sur l'à-propos d'accorder un statut juridique aux conjoints qui cohabitent sans être mariés, l'initiative du PACS a soulevé de vives réactions dans l'opinion publique. Ce fut notamment le cas chez les conservateurs, qui ont manifesté bruyamment leur désaccord[47]. D'ailleurs, les réactions furent telles qu'une motion d'irrecevabilité a conclu la première lecture du projet de loi à l'Assemblée nationale en octobre 1998. Puis, en décembre 1998, coup de théâtre : la première lecture est reportée parce qu'un trop grand nombre de députés socialistes ont préféré s'absenter lors du vote sur ce projet de loi, pourtant présenté par leur propre parti au pouvoir. Finalement, le PACS ne fut promulgué que le 15 novembre 1999[48].

Le PACS est un contrat conclu par deux personnes majeures de sexe opposé ou de même sexe pour organiser leur vie commune[49]. La notion de vie commune est connue en jurisprudence comme la présomption d'une « communauté de toit et de lit » (Guigou, 1998). Contrairement aux projets antérieurs comme le CUCS, le PACS exclut les ascendants et descendants ou les collatéraux (les frères et soeurs)[50]. Les partenaires qui veulent conclure un PACS doivent rédiger et signer une convention où ils fixent librement les modalités de leur vie commune, sous réserve des obligations prévues par la loi. Pour que le PACS produise des effets juridiques, il faut faire une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance[51].

Le PACS prend fin par le décès ou le mariage de l'un des partenaires ou simplement par la volonté conjointe ou unilatérale de l'une des parties. Chaque partenaire a, en effet, la possibilité de mettre fin au PACS. Dans ce cas, la rupture n'est effective que trois mois après sa signification à l'autre partenaire[52]. Si la rupture se fait d'un commun accord, le PACS prend fin sur-le-champ. Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant du pacte; c'est seulement en cas de désaccord qu'un juge est appelé à statuer sur les conséquences patrimoniales de la rupture[53].

En ce qui a trait aux droits et aux obligations, le PACS prévoit que les partenaires s'apportent une aide mutuelle et matérielle dont ils fixent les modalités[54]. Ils sont solidaires des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et des dépenses relatives au logement commun[55]. Le soin de déterminer un régime des biens est laissé à la discrétion des partenaires, mais à défaut d'indication dans la convention, les biens sont présumés indivis par moitié[56]. Le PACS n'emporte cependant aucun droit successoral : à moins qu'il n'y ait un testament à cet effet, les biens du partenaire décédé vont à ses descendants, ascendants et collatéraux. En cas de décès de l'un des partenaires, le survivant bénéficiaire d'un legs par testament a droit à certains avantages fiscaux si les partenaires étaient liés par un PACS depuis au moins deux ans. Si les conjoints étaient mariés, ces avantages fiscaux s'appliquent immédiatement. Si le titulaire du bail décède ou abandonne le domicile, le contrat de location continue ou est transféré au bénéfice de son partenaire pour la durée prévue dans le bail.

Tableau 3 : Propositions de partenariat enregistré en France (1989-1999)

	Contrat d'union civile CUC (n° 3066)	Contrat d'union sociale CUS (n°3315)	Contrat d'union civile et sociale CUCS (n° 88)
Qui?	• 2 personnes, quel que soit leur sexe	• 2 personnes ayant un projet commun de vie	• 2 personnes ayant un projet commun de vie
Exclusions	• Personnes mariées • Ascendants, descendants • Personnes déjà engagées dans un autre contrat	• Personnes mariées • Ascendants, descendants • Personnes déjà engagées dans un autre contrat • Frères, sœurs	• Personnes mariées • Ascendants, descendants • Personnes déjà engagées dans un autre contrat
Formalités	• Contrat passé devant un officier d'état civil • Inscription sur le registre relatif aux contrats d'union civile • Mention en marge de l'acte de naissance	• Déclaration conjointe devant un officier de l'état civil • Enregistrement	• Déclaration conjointe devant un officier de l'état civil • Enregistrement • Information par l'officier de l'état civil des droits et obligations des parties (comme dans le mariage)
Formalités de la rupture	• Rupture unilatérale : possible devant l'officier d'état civil, rupture signifiée à l'autre par l'officier d'état civil • Rupture judiciaire : seulement s'il y a contestation; le juge prononce alors la rupture et ordonne les mesures qui l'accompagnent	• Pas de rupture unilatérale • Rupture conjointe : sur déclaration conjointe ou acceptation de l'autre devant l'officier de l'état civil • Convention écrite réglant les conséquences de la rupture • Rupture judiciaire : oui, si désaccord ou à la demande d'une partie seulement	• Pas de rupture unilatérale • Rupture conjointe : sur déclaration conjointe ou acceptation de l'autre devant l'officier de l'état civil • Présentation d'une convention notariée réglant la répartition des biens • Rupture judiciaire : s'il y a désaccord ou à la demande d'une partie seulement
Obligations	• Secours et assistance • Solidarité financière pour les contrats ayant trait aux besoins communs • Rien n'est dit sur la communauté de vie	• Soutien moral et matériel • Solidarité pour les dettes contractées dans le cadre de la vie courante • Rien n'est dit sur la communauté de vie	• Soutien moral et matériel • Solidarité pour les dettes contractées dans le cadre de la vie courante • Rien n'est dit sur la communauté de vie
Régime des biens	• Communauté réduite aux acquêts, sauf acte authentique différent	• Convention spéciale devant notaire	• Communauté réduite aux acquêts, sauf acte authentique différent • Possibilité de modification en cours de contrat
Transfert du bail	• Droit au maintien dans les lieux si le logement est commun	• Transfert de bail en cas de décès ou de départ du locataire, sans délai	• Transfert de bail en cas de décès ou de départ du locataire, sans délai
Succession	• Application des dispositions du *Code civil* relatives aux successions, donations et legs entre époux	• Application des dispositions du Code civil relatives aux donations et legs entre époux • Application des dispositions du *Code civil* relatives à la succession en pleine propriété, sinon droit d'usufruit	• Application des dispositions du *Code civil* relatives aux successions, donations et legs entre époux
Adoption et insémination artificielle	• Rien de prévu, mais exercice en commun de l'autorité parentale	• Rien de prévu	• Rien de prévu

Tableau 3 : Propositions de partenariat enregistré en France (1989-1999) (suite)

	Pacte d'intérêt Commun PIC	**Pacte civil de solidarité PACS**
Qui?	• 2 personnes désirant organiser en tout ou en partie leurs relations pécuniaire et patrimoniale en vue d'assurer une communauté de vie	• 2 personnes cohabitant, quel que soit leur sexe, pour organiser leur vie commune (art. 515-1)
Exclusions	• Personnes déjà engagées dans un autre PIC	• Personnes mariées • Ascendants, descendants • Personnes déjà engagées dans un autre contrat (art. 515-2)
Formalités	• Convention privée qui peut être conclue pour une durée déterminée • Présomption de durée indéterminée	• Déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance • Transcription sur un registre spécial • Production au greffe de la convention passée entre eux • Pour toute modification, la même procédure s'applique (art. 515-3)
Formalités de la rupture	• Rupture privée conjointe avec convention par acte authentique réglant les conséquences de la rupture • Rupture judiciaire : seulement s'il y a contestation • Le juge prononce la rupture et ordonne les mesures connexes.	• Si la rupture est conjointe, le PACS prend fin sans délai; sinon, la rupture n'est effective que 3 mois après sa signification à l'autre partenaire • Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant du pacte; à défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture • Rupture judiciaire : seulement s'il y a contestation; le juge, en cas de rupture abusive, peut décider des dommages-intérêts (art. 515-7)
Obligations	• Communauté de vie • Autres obligations déterminées par les partenaires	• Aide mutuelle et matérielle • Solidarité pour les dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun (art. 515-4)
Régime des biens	• Déterminé par les partenaires	• Indiqué dans la convention produite au greffe; sinon, présumé indivis à moitié (art. 515-5)
Transfert du bail	• Transfert de bail en cas de décès ou de départ du locataire, sans délai	• Droit au maintien dans les lieux si le logement est commun
Succession	• Rien n'est prévu	• Sauf dispositions particulières, les biens du concubin décédé vont à ses descendants, ascendants et collatéraux
Adoption et insémination artificielle	• Adoption possible si les partenaires sont de sexe opposé	• Rien de prévu

En ce qui a trait au droit public, les partenaires font l'objet d'une imposition commune à compter de l'année du troisième anniversaire de l'enregistrement du PACS[57]. Le partenaire qui n'est pas couvert à titre personnel par l'assurance-maladie, -maternité ou -décès bénéficie néanmoins sans délai de la protection sociale si son partenaire est assuré social. Le droit à l'allocation de soutien familial ou à l'allocation veuvage cesse lorsqu'un PACS est conclu. Les partenaires peuvent demander à prendre leurs congés ensemble et bénéficier de congés exceptionnels en cas de décès de l'un d'eux. Si l'un des partenaires occupe un emploi dans la fonction publique, les partenaires peuvent bénéficier du rapprochement géographique en cas d'éloignement (ministère de la Justice de la France, 1999). Enfin, le PACS ne produit aucun effet sur les règles de la filiation et de l'autorité parentale. Il ne confère pas aux couples de même sexe le droit d'adopter un enfant conjointement ou de recourir à une procréation médicalement assistée.

Le PACS a été mal accueilli par de nombreuses associations gaies et lesbiennes qui considéraient les droits prévus trop restreints par comparaison au mariage ou par rapport au délai d'application des avantages fiscaux concernant la succession et l'imposition commune[58]. Le PACS laisse également les « coparents » gais ou lesbiennes dans une situation de non-droit à laquelle les groupes de pression avaient pourtant attaché beaucoup d'importance dans le débat. Enfin, pour certains, le PACS n'apporte pas de véritable solution au problème de l'union libre, car il permet aux partenaires de s'en défaire unilatéralement malgré la volonté de l'autre, ce qui a fait dire à plusieurs que le PACS est en fait très proche de l'union libre (Théry *dans* Malaurie, 1998, p. 13).

Malgré ces critiques, entre le 15 novembre 1999 et le 31 décembre 1999, 6 211 couples se sont enregistrés. Le Collectif pour le PACS estime que 75 p. 100 de ces partenariats enregistrés dans la région parisienne ont été conclus par des couples de même sexe, alors que la proportion serait seulement de 40 p. 100 en province. Compte tenu des protections de la vie privée garanties par la loi, il est par contre impossible d'estimer avec certitude le nombre de couples de même sexe parmi ceux qui se sont prévalus du PACS (Holtz, 2000).

Hongrie

Finalement, en Hongrie, une disposition du *Code civil* régit la disposition des biens acquis durant la cohabitation en cas de rupture de l'union. Elle s'appliquait auparavant aux couples qui cohabitaient comme mari et femme, mais, depuis 1996, elle inclut désormais les couples de même sexe[59]. La disposition vise à protéger la partie vulnérable d'un couple en cas de rupture, afin d'éviter l'enrichissement sans cause. La propriété des biens est acquise en proportion de la contribution de chaque personne à son acquisition. De plus, le travail domestique est considéré comme une contribution au ménage[60]. Un conjoint ne peut disposer des biens communs sans le consentement de l'autre. À défaut de pouvoir déterminer la contribution de chaque conjoint, les biens sont divisés en parts égales.

Comparativement aux Pays-Bas et à la France, la portée des dispositions en Hongrie paraît encore bien timide. Notons, de plus, que dans ce pays, les couples de même sexe ne bénéficient pas d'une reconnaissance juridique dans les lois sociales et les programmes de soutien du revenu.

5.1.3 Les modèles de partenariat enregistré pour les cohabitants qui se soutiennent mutuellement

Dans cette section, nous traiterons des pays qui accordent une protection juridique aux couples de même sexe ou de sexe opposé, mais aussi aux partenaires non conjugaux qui cohabitent et se soutiennent mutuellement. Il s'agit des États américains d'Hawaii et du Vermont, de la Belgique, de la Catalogne espagnole et de la Norvège.

États-Unis (Hawaii et Vermont)

Aux États-Unis, le droit au mariage est au centre des débats sur l'égalité entre les couples homosexuels et hétérosexuels. Soutenus dans leur démarche par des organisations gaies et lesbiennes, des couples de même sexe ont eu recours aux tribunaux pour tenter d'élargir l'accès au mariage. De l'autre côté, de puissantes organisations religieuses et des groupes d'intérêt privés ont revendiqué l'exclusivité du mariage pour les couples hétérosexuels. Leurs voix à ce chapitre sont plus prépondérantes que dans tout autre pays (Bailey, 1999, p. 123).

Aux États-Unis, ce sont les États qui exercent une juridiction sur la célébration du mariage. En vertu de la constitution du pays, un mariage célébré dans un État doit être honoré dans les autres États. En septembre 1996, durant la présidence de Bill Clinton, le gouvernement fédéral adopta la loi sur la défense du mariage (*Defense of Marriage Act*). Cette loi définit le mariage comme l'union exclusive entre un homme et une femme. Elle a été conçue de façon à prémunir les États contre l'obligation de reconnaître le mariage entre personnes de même sexe par l'application de la clause dite de reconnaissance totale inscrite dans la constitution américaine[61]. Depuis 1995, 30 États ont édicté des lois qui limitent expressément le mariage aux couples de sexe opposé (Bailey, 1998).

Le débat a soulevé les passions quelques années plus tôt au moment où la Cour suprême d'Hawaii s'est penchée sur la constitutionnalité de l'interdiction du mariage pour les couples de même sexe[62]. En 1991, trois couples gais qui avaient vu leur demande de contracter mariage refusée ont intenté une poursuite contre l'État d'Hawaii. Le principal argument de l'État était que les couples de même sexe devaient être exclus du mariage car il n'était pas dans l'intérêt d'un enfant d'être élevé par de tels couples. Ayant examiné en profondeur les preuves d'experts appelés à témoigner des répercussions pour les enfants, le juge Chang de la Cour suprême d'Hawaii a conclu que l'argument de l'État n'était pas fondé. Il a déclaré inconstitutionnelle l'exclusion des couples de même sexe de la loi sur le mariage. La cause était toujours en appel en juin 2000, au moment de la rédaction de ce rapport.

Toutefois, cet appel aura peu d'effet car Hawaii a adopté en 1997 une loi sur les bénéficiaires réciproques (*Reciprocal Beneficiaries Act*) [63], modèle de partenariat enregistré dont les effets juridiques sont moins profonds que ceux adoptés dans les pays nordiques. La loi s'adresse « aux couples composés de deux personnes qui ne peuvent légalement s'épouser »[64]. Il s'agit donc de créer une institution pour les couples de même sexe, mais qui permet aussi à des dyades non conjugales telles que deux soeurs de bénéficier de la protection de la loi (Bailey, 1998, p. 165). Les couples hétérosexuels vivant en union de fait ne peuvent se prévaloir de ce régime, car ils ont la capacité de se marier[65].

La loi sur les bénéficiaires réciproques accorde aux couples qui s'enregistrent une soixantaine de droits généralement réservés aux couples mariés[66]. Ces droits et ces obligations relèvent de la compétence de l'État et sont donc limités par le cadre juridique hawaiien (Burnette, 1998-1999, p. 81). Par exemple, on y prévoit l'extension des régimes d'assurance-maladie et de police d'assurance, le droit au consentement aux soins, aux congés familiaux, à la prestation pour conjoint survivant pour les employés de l'État, à la succession et aux mêmes avantages fiscaux que les époux (Burnette, 1998-1999, p. 81; Bailey, 1999, p. 129). Contrairement aux partenariats enregistrés dans les pays scandinaves, la loi ne prévoit pas de dispositions relatives à la propriété des biens, au partage du patrimoine et au droit aux aliments. La seule disposition qui concerne les enfants est l'inclusion des enfants mineurs à charge d'un bénéficiaire réciproque dans la couverture familiale d'un régime d'assurance-maladie et dans les polices d'assurance.

La loi sur les bénéficiaires réciproques permet en définitive de conserver intacte l'institution du mariage tout en accordant certains droits aux couples de même sexe et à des dyades non conjugales. Depuis son entrée en vigueur, peu de couples de même sexe se sont prévalus de la loi (Burnette, 1998-1999, p. 13).

L'État du Vermont a aussi prévu une loi pour les ménages composés de deux personnes apparentées (par des liens filiaux ou par l'adoption) qui se soutiennent mutuellement. S'inspirant de la loi adoptée à Hawaii, la *Loi 91* sur les unions civiles entre personnes de même sexe prévoit aussi un certain nombre de droits, de protections et d'obligations pour les bénéficiaires réciproques[67]. Il s'agit de droits et de responsabilités auparavant consentis aux seuls époux, mais qui se limitent cependant au champ de la santé, soit le consentement aux soins et les visites à l'hôpital, les décisions concernant le don d'organes en cas d'inaptitude, les décisions concernant la disposition du corps d'un défunt, la délégation d'autorité en cas d'inaptitude, la loi sur les droits des patients, la loi sur les droits des patients vivant en résidence, la prévention des abus[68]. Ces dispositions visent à protéger les personnes handicapées, malades, inaptes ou en perte d'autonomie ainsi que les parents qui subviennent à leurs besoins.

La formation d'une relation de bénéficiaire réciproque exige que les deux personnes aient au moins 18 ans, qu'elles soit unies par des liens filiaux ou par l'adoption et qu'elles ne soient pas liées par un contrat de mariage, d'union civile ou un autre contrat de bénéficiaire réciproque[69]. Si l'une des parties contracte un mariage ou une union civile, la relation de bénéficiaire réciproque prend fin automatiquement et les bénéficiaires n'ont plus droit aux protections, bénéfices et responsabilités accordés par la loi. De plus, chaque personne doit consentir à une relation de bénéficiaire réciproque sans menace, force ou fraude sans quoi le contrat peut être révoqué. Les personnes qui satisfont ces conditions peuvent établir une relation de bénéficiaire réciproque en présentant une déclaration notariée au Commissaire de la santé (Commissioner of Health), qui procède à son enregistrement. La présentation d'une déclaration notariée est également nécessaire pour mettre fin à la relation.

L'État du Vermont a donc choisi d'offrir aux couples de même sexe un régime de droits équivalents à ceux du mariage et de fournir, par le biais de la même loi, des mesures de

protection en matière de droit de la santé pour les ménages composés de deux personnes apparentées qui se soutiennent mutuellement.

Soulignons en terminant qu'un certain nombre de municipalités américaines, dont San Francisco et New York, ont aussi créé des lois sur l'enregistrement des unions de même sexe pour des domaines relevant de leurs compétences. Il s'agit, par exemple, de l'habitation, des prestations pour les employés municipaux et des conditions relatives aux parties qui soumissionnent des contrats municipaux (Bailey, 1999, p. 127).

Belgique

Refusant d'amender son *Code civil* pour reconnaître aux couples lesbiens et gais un statut conjugal, la Belgique a toutefois modifié la partie portant sur les biens de sorte que deux personnes ayant ou non des rapports maritaux peuvent se déclarer partenaires. Adoptée en novembre 1998, la *Loi instaurant la cohabitation légale*[70] permet à deux personnes, quel que soit leur sexe, de faire une déclaration officielle de cohabitation et de bénéficier ainsi d'une protection juridique minimale. Dans une disposition abstraite et sans contenu normatif[71], la *Loi* définit la cohabitation légale comme « la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration » au moyen d'un écrit remis à l'officier de l'état civil[72].

Pendant la durée de la cohabitation, les partenaires doivent, dans la mesure de leurs possibilités, participer aux charges qu'implique la vie en commun[73]. Les dettes que l'un contracte pour les besoins communs ou pour ceux de leurs enfants engagent l'autre[74]. De plus, la résidence principale ne peut être vendue, léguée ou hypothéquée sans l'accord des deux parties[75]. En revanche, la cohabitation ne crée pas de communauté de biens : chaque partenaire reste propriétaire de ses biens et de ses revenus[76]. Cependant, les biens dont la propriété exclusive ne peut pas être prouvée sont réputés être en indivision. Une convention notariée permet aux partenaires qui le désirent de prévoir des dispositions complémentaires.

La cohabitation légale peut cesser soit d'un commun accord, soit à l'initiative unilatérale de l'une des deux parties. Dans les deux cas, une déclaration de cessation est remise à l'officier de l'état civil[77]. Après la cessation de la cohabitation, le juge de paix peut, à la demande de l'une des parties, ordonner des « mesures urgentes et provisoires justifiées par cette cessation ». Ces mesures ont trait au droit au maintien dans le lieu de résidence et au partage des biens. La *Loi* ne prévoit aucun droit au soutien ou à la succession. Comparativement au PACS français, les dispositions du *Code civil* belge créent des droits et des obligations beaucoup plus restreints. Ceci dit, pour les cohabitants engagés dans une union non conjugale, ces nouvelles mesures fournissent une protection juridique intéressante, notamment en matière de résidence.

Espagne

Finalement, en Catalogne, région autonome de l'Espagne, la loi sur les couples stables[78] accorde certains droits et obligations aux couples enregistrés de sexe opposé et de même sexe. Elle s'applique automatiquement aux couples de même sexe après deux ans de cohabitation, alors que les couples de même sexe doivent signer un entente notariée à cet effet[79]. Cette possibilité est également offerte aux couples de sexe opposé qui désirent se

prévaloir de la loi avant la période requise de deux ans. Cependant, la loi s'applique immédiatement si un enfant naît de l'union[80].

En matière de droit privé, la loi prévoit des droits concernant l'occupation de la résidence[81] et une responsabilité commune relativement aux dettes contractées pour la vie familiale[82]. De plus, elle accorde certains avantages sociaux au conjoint qui travaille pour le gouvernement catalan. Toutefois, en ce qui a trait au droit public, la loi n'entraîne aucun effet juridique dans les domaines comme l'assistance sociale ou l'assurance-emploi, qui ne sont pas de juridiction catalane.

En décembre 1998, la Catalogne a également promulgué une loi sur la cohabitation pour les personnes qui se fournissent une assistance mutuelle sans vivre une relation conjugale ou maritale[83]. La loi s'applique aux unions non conjugales, mais affectives et interdépendantes entre adultes comme deux frères, un adulte qui prend soin d'un parent ou d'une personne âgée ou des amies qui se soutiennent mutuellement. Elle vise à protéger la situation d'une personne âgée qui exige des soins et qui vit avec un aidant ou une aidante en échange d'un toit et de l'argent. Les statistiques catalanes révèlent qu'au moins 54 000 personnes vivent selon ce modèle (Forder, 1999b, p. 81). Le chapitre 4 de la loi contient des dispositions visant à protéger ces types de ménages, alors que le chapitre 3 fournit un encadrement juridique à des ménages où deux adultes se soutiennent mutuellement. Pour se prévaloir des dispositions de la loi, les parties doivent avoir établi leur union par contrat notarié ou avoir cohabité pendant au moins trois ans. La loi stipule certains droits et obligations relativement au soutien, à l'occupation de la maison après le décès du propriétaire, à la division des biens et à la compensation pour ce qui pourrait constituer un enrichissement sans cause.

À titre d'exemple, en cas de décès du cohabitant, celui qui n'est pas locataire bénéficie d'un délai d'un an pour quitter les lieux[84]. Si l'un des cohabitants décède sans avoir prévu de compensation financière pour la personne qui s'occupait de lui de son vivant, cette dernière peut demander une compensation[85]. Cette obligation de soutien peut toutefois être écartée par contrat entre les parties. Les dispositions à l'intention des adultes s'occupant de personnes âgées s'appliquent uniquement en faveur de deux cohabitants de 65 ans et plus ou qui ont au moins 50 ans de différence. L'union doit être caractérisée par l'apport de chaque personne au ménage, soit la fourniture d'un logement par l'un et des soins par l'autre.

Selon Bailey (1999, p. 119), la loi viserait à réaliser une certaine équité dans les cas de dépendance financière. L'encadrement juridique de ces unions n'est pas une option pour les parties; comme nous l'avons mentionné plus tôt, la loi sur l'assistance mutuelle s'applique automatiquement après trois ans de cohabitation. La Catalogne est la juridiction la plus progressiste en matière de droits accordés aux ménages où les personnes se soutiennent mutuellement.

Norvège

Finalement, comme nous l'avons déjà mentionné, la Norvège a adopté en 1992 une loi sur les cohabitants, la *Joint Household Act* [86]. Cette loi fournit une certaine protection juridique à tout groupe de personnes qui cohabitent depuis au moins deux ans, notamment en ce qui a

trait au maintien dans le lieu de résidence en cas de décès ou de rupture des parties du ménage. La loi stipule que, si le ménage se termine par le décès ou l'échec de la relation, l'une des parties peut obtenir le droit de continuer à occuper le domicile commun ou d'utiliser les effets immobiliers. La Norvège est le seul pays scandinave à avoir adopté une loi sur les cohabitants qui inclut les unions non conjugales.

5.2 Typologie des approches

Après l'inventaire des lois accordant une reconnaissance aux couples de même sexe en Europe et aux États-Unis, nous analyserons maintenant les approches qui ont guidé l'élaboration des modèles dans ces pays et au Canada. Elles peuvent être regroupées en cinq catégories : l'approche de l'égalité formelle, l'approche de l'égalité formelle partielle, l'approche de l'égalité séparée, l'approche socialisante et l'approche de l'égalité substantive. Tout exercice de catégorisation comporte évidemment un risque de réductionnisme et d'occultation des différences. La typologie proposée peut toutefois servir à mettre en lumière les fondements et les enjeux de la reconnaissance juridique des couples de lesbiennes tels qu'ils se posent actuellement. C'est pourquoi nous rassemblons sous chacune de ces approches les mesures déjà mises en oeuvre et celles qui en sont toujours au stade de projet ou de revendication.

5.2.1 L'approche de l'égalité formelle

L'approche de l'égalité formelle veut qu'il n'y ait aucune distinction dans les formes de reconnaissance des couples gais et lesbiens, d'une part, et les couples hétérosexuels, d'autre part. Selon cette approche, les institutions et les régimes qui encadrent les relations conjugales et familiales des hétérosexuels constituent la norme à laquelle les gais et les lesbiennes devraient avoir accès. L'orientation sexuelle des partenaires n'aurait alors plus de pertinence comme critère de distinction. Si cette approche était appliquée, les couples de même sexe pourraient choisir le type d'encadrement juridique qui correspond le mieux à leurs besoins conjugaux, soit le mariage ou l'union de fait. Ils pourraient exercer sans discrimination les droits relatifs à la filiation et aux services d'adoption et d'insémination artificielle. Nous avons montré dans la première section du chapitre que, malgré les progrès réalisés en matière d'égalité, aucun État, à l'exception des Pays-Bas, n'a appliqué l'approche de l'égalité formelle pour les couples de même sexe. Nous verrons plus en détail à la section suivante que, même si le Canada tend à adopter l'approche de l'égalité formelle en matière de droit pour les lesbiennes et les gais, les couples de même sexe n'ont encore acquis qu'une reconnaissance bien partielle de leurs unions et de leurs familles.

L'égalité formelle suppose entre autres le droit au mariage pour les couples de même sexe. Le mariage constitue le pivot de cette approche, puisque c'est autour de cette institution que tous les régimes « familiaux » ont été structurés. Même la conjugalité de fait se mesure à l'aune du mariage. Ainsi, les droits et les obligations applicables aux époux ont été historiquement et progressivement attribués aux conjoints de fait parce que leur union était considérée comme analogue à celle des couples mariés[87]. La juge McLachlin, dans l'affaire *Miron* c. *Trudel* au sujet de conjoints de fait hétérosexuels, affirmait ainsi :

> Dernièrement, les législateurs et les juristes dans l'ensemble du pays ont reconnu que c'est ignorer les valeurs ou les réalités sociales de l'heure que d'établir entre les couples qui cohabitent une distinction fondée sur le fait qu'ils sont légalement mariés ou non. Comme l'*amicus curiae* le fait remarquer, 63 lois ontariennes n'établissent actuellement aucune distinction entre partenaires mariés et partenaires non mariés qui ont cohabité dans une union conjugale. [...] Dans le domaine judiciaire, les juges ont reconnu le droit des conjoints non mariés au partage des biens familiaux par application de la doctrine de l'enrichissement sans cause : Pettkus c. Becker, [1980] 2 R.C.S. 834; Peter c. Beblow, [1993] 1 R.C.S. 980. Il ressort de tout cela que l'on reconnaît que c'est souvent à tort que l'accès au même bénéfice de la loi est refusé parce qu'une personne n'est pas mariée[88].

Considérant le rôle substantif et symbolique du mariage dans le droit familial, des organismes tels qu'ÉGALE, la Coalition pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe (Québec), l'Association des mères lesbiennes (Québec) ainsi que des juristes comme K. Lahey (1999) et M. McCarthy (1999) considèrent que, pour éliminer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il faut élargir la reconnaissance du droit au mariage aux couples de même sexe. Cette mesure aurait pour effet d'éliminer la nécessité d'instaurer des régimes complexes de partenariat enregistré dont aucun ne procure actuellement le même statut que celui d'époux, comme nous l'avons montré dans la première partie du chapitre. Si ces régimes procuraient effectivement les mêmes droits et obligations, ils seraient redondants et leur pertinence serait remise en question. Créer un régime parallèle pour les unions entre personnes de même sexe perpétue la discrimination, notamment en ce qui a trait à la filiation et à la reconnaissance de la parentalité gaie et lesbienne. Selon Lahey (1999b) et McCarthy (1999), les régimes de partenariat enregistré représentent des subterfuges pour détourner les gais et les lesbiennes de la revendication du droit au mariage. Ils ont été votés entre autres pour satisfaire la droite politique et les Églises quand l'État s'est trouvé confronté aux revendications des mouvements gais et lesbiens.

Dans l'état actuel des lois canadiennes, nier aux couples de lesbiennes la possibilité de se marier entraîne aussi des conséquences quant aux droits et aux obligations portant sur les biens, puisque le partage du patrimoine n'est prévu législativement que pour les époux. Cette situation est entérinée par le nouveau projet de loi fédéral, *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et obligations*[89], en particulier en ce qui a trait au partage des crédits du Régime de pensions du Canada[90] et des régimes privés de retraite pour les employés des entreprises fédérales[91]. Notons aussi que l'accès au mariage permettrait de contourner la nécessité de la cohabitation des partenaires. Il s'agit d'une exigence pour être reconnus comme conjoints de fait, mais non comme époux.

La juriste W. Holland (1999) reconnaît que, dans le cas des hétérosexuels, se marier ou établir une conjugalité de fait représente un choix. Pour les gais et les lesbiennes, ce choix n'existe toutefois pas. Holland admet que l'absence de choix et la discrimination résultante constituent des facteurs qui ne peuvent être écartés du revers de la main. Elle va cependant plus loin et s'interroge sur la centralité du mariage et de la conjugalité en général, et sur le

statut privilégié que ceux-ci confèrent. À son avis, les objectifs des règles fondées sur le statut marital doivent être repensés. Elle suggère entre autres la possibilité que ces règles visent à remédier aux iniquités résultant du partage des responsabilités parentales plutôt qu'à conférer un statut privilégié aux conjoints. Suivant ce changement de perspective, les couples sans enfants, mariés ou non, ne bénéficieraient pas des mêmes règles que les couples avec enfants. Sur certains aspects, la position de Holland rejoint la nôtre, comme l'attestent nos recommandations au chapitre 6. Elle rejoint aussi celle de certaines auteures lesbiennes féministes[92] qui craignent que la stratégie de l'égalité formelle ne renforce les fondements patriarcaux du mariage au lieu de les remettre en question. Ces auteures craignent aussi que cette stratégie ne nuise au développement de modèles de relations égalitaires, y compris celles où il n'y a pas nécessairement cohabitation ou monogamie (FAEJ, 1993).

En dépit de ses critiques à l'endroit du mariage et du statut marital, Holland juge que la révision des régimes matrimoniaux doit faire suite à l'élargissement des règles de l'admissibilité au mariage afin d'éliminer la discrimination contre les gais et les lesbiennes. Pour cette raison, et dans une perspective similaire, le FAEJ est intervenu dans l'affaire *M.* c. *H.* pour soutenir la revendication en faveur de l'inclusion des couples gais et lesbiens dans la loi ontarienne prévoyant le droit aux aliments pour les conjoints. Il semble donc exister un accord chez un nombre grandissant de juristes féministes sur la question du droit au mariage pour les couples de lesbiennes et de gais. Leur vision pourrait se résumer ainsi :

> La question n'est pas de savoir si le mariage est bon, mais bien s'il peut être utilisé pour priver une personne de l'égalité de traitement pour des motifs qui n'ont rien à voir avec les véritables mérites ou droits de cette personne dans les circonstances[93].

Ceci dit, il faut faire une distinction entre l'approche utilisée pour comprendre le problème d'inégalité vécu par les couples de lesbiennes et la solution proposée pour le résoudre, si l'on souhaite que les résultats correspondent à nos visées féministes. Ainsi, le droit au mariage pour les couples de même sexe peut être défendu dans une perspective d'égalité formelle, mais aussi dans une perspective d'égalité substantive ou plus socialisante, comme nous le verrons plus loin. À notre avis, l'approche de l'égalité formelle est problématique pour plusieurs raisons. Rappelons que ces 15 dernières années, les femmes ont investi une énergie considérable pour tenter de miner la domination de ce paradigme à travers lequel les problèmes de droits des femmes ont été compris et traités par les tribunaux. Les mêmes réflexions soulevées hier par les juristes féministes et les groupes de femmes partout au pays pourraient s'appliquer à la question du droit à l'égalité pour les lesbiennes et les gais.

Selon Brodsky et Day (1989, p. 159), « [l']égalité formelle désigne l'égalité dans la forme de la loi et elle exige que les lois traitent de façon identique les personnes qui sont dans une situation identique ». Comme le soulignent ces auteures, la théorie de l'égalité formelle suppose que l'égalité est une question de similitude et de différence dans le traitement de la loi, plutôt qu'une question de domination et de subordination entre des groupes (Brodsky et Day, 1989, p. 162). Dans cette optique, les couples de lesbiennes sont perçus comme similaires aux couples hétérosexuels mariés ou vivant en union de fait et leur problème vient

de ce qu'ils sont traités différemment par la loi. La démonstration s'appuie sur des études qui tendent à faire valoir, par exemple, que les partenaires des couples de même sexe sont engagés dans une relation stable et monogame, qu'ils ont acquis des biens en commun et partagent un compte en banque. Bref, qu'ils sont en tout point semblables aux couples hétérosexuels, voire qu'ils sont encore plus *straight* que ces derniers. Par rapport à la solution proposée, on tient pour acquis que ces couples désirent, à quelques variantes près, être traités de la même manière que les couples hétérosexuels puisqu'ils seraient identiques.

Or, les consultations menées ont permis de constater que les lesbiennes ont une approche beaucoup plus globale et socialisante de l'égalité, laquelle ne se limite pas au critère de la similitude pour exiger l'élimination de la discrimination à leur égard. De nombreuses lesbiennes se sont dites préoccupées par le fait que le paradigme de l'égalité formelle permet notamment :

- d'exclure les couples de lesbiennes qui ne satisfont pas aux critères de définition de l'union de fait, soit la cohabitation, le soutien financier entre partenaires et la notoriété publique de la relation;
- de marginaliser les lesbiennes qui n'ont pas d'arrangements conjugaux similaires aux couples hétérosexuels stables et monogames;
- de refuser injustement aux personnes ne vivant pas en couple — qu'elles soient lesbiennes, gaies ou hétérosexuelles — l'accès aux avantages sociaux conférés par les lois, surtout si elles ont sacrifié un revenu pour prendre soin d'un enfant ou d'un adulte à charge;
- de manière corollaire, d'adhérer au principe selon lequel les relations sexuelles sont le fondement légitime de l'accès aux avantages sociaux conférés par les lois;
- d'occulter et de freiner à la fois toute tentative plus radicale, voire féministe, de problématiser l'hétérosexualité et de contester les fondements de la famille patriarcale dans le domaine du droit.

En signalant ces exclusions, les lesbiennes consultées remettent en question l'idée selon laquelle seuls les couples de même sexe ayant des arrangements conjugaux et familiaux similaires aux couples hétérosexuels auraient droit à l'égalité. Leurs préoccupations témoignent aussi d'une vision critique de l'approche fonctionnaliste utilisée dans les lois pour définir la conjugalité et la famille.

L'approche de l'égalité formelle pose un second ordre de limitations qui inquiète les lesbiennes consultées, à savoir que cette approche « ne réussit pas à créer une égalité réelle, car elle n'englobe ni ne reconnaît l'inégalité de condition » (Brodsky et Day, 1989, p. 162). Comme le rappellent Brodsky et Day, c'est le cas parce que la norme donnant droit à l'égalité est fixée à partir de la situation du groupe favorisé. Dans la mesure où les couples de lesbiennes ne sont pas dans une situation semblable à la conjugalité hétérosexuelle, ils ne peuvent tout simplement pas atteindre l'égalité par la voie de l'égalité formelle. Nous avons traité au chapitre précédent des inquiétudes profondes manifestées par une majorité de répondantes quant à la reconnaissance *de facto* de leurs couples et à l'obligation qu'elle

entraîne de divulguer son orientation sexuelle au gouvernement ou à l'employeur. Cette situation illustre bien comment la norme donnant droit à l'égalité — ici, l'obligation de divulguer le sexe de sa partenaire pour se prévaloir des avantages relatifs à la reconnaissance de son couple — peut être difficile à atteindre, voire impossible, si elle ne tient pas compte de la situation réelle de stigmatisation vécue par les lesbiennes. En somme, l'approche de l'égalité formelle ne s'attaque pas aux inégalités réelles subies par les lesbiennes, inégalités qui n'ont aucune contrepartie chez les hétérosexuels. Au mieux, cette approche procurera une égalité dans les textes de loi, mais non dans les conditions matérielles de vie des lesbiennes. Partant, une réforme législative réalisée selon l'approche de l'égalité formelle ne peut qu'apporter des résultats partiels.

5.2.2 L'approche de l'égalité formelle partielle

Comme son nom l'indique, cette approche en est une où tous les couples reçoivent le même traitement, sans distinction fondée sur le sexe des partenaires à certaines fins, alors qu'à d'autres fins les couples de même sexe ne sont pas reconnus. On peut penser ici à la formule de partenariat enregistré adoptée en France, dans la mesure où celle-ci est offerte à tous les couples sans égard à l'orientation sexuelle des conjoints. Toutefois, la France accorde aux couples hétérosexuels le droit de contracter mariage ou de bénéficier des règles de filiation ou d'autorité parentale, mais non aux couples de lesbiennes et de gais. Au Canada, le régime québécois et tous les régimes des provinces de common law, même ceux qui ont effectué les plus grandes réformes, par exemple la Colombie-Britannique, correspondent aussi à ce modèle.

À titre d'exemple, dans la *Loi 32*, le Québec ne différencie plus les conjoints de fait selon l'orientation sexuelle dans toutes ses lois à l'exception du *Code civil*. Cela fait en sorte qu'aux fins des rapports dits privés (patrimoine, aliments, succession), les unions gaies et lesbiennes, tout comme les unions de fait hétérosexuelles, ne bénéficient pas de protections juridiques. La protection exclusive accordée aux personnes hétérosexuelles qui, elles, ont le choix de se marier perpétue la discrimination de deux façons : d'abord, elle maintient l'idée de l'infériorité des couples de même sexe; ensuite, elle prive les enfants issus de ces unions de la reconnaissance d'un de leurs parents.

En Colombie-Britannique, malgré des réformes importantes, le mariage n'est toujours pas possible pour les gais et les lesbiennes. Il faut aussi noter que la *Loi 100, The Definition of Spouse Amendment Act*[94], n'était pas encore en vigueur en juin 2000. Pour cette raison, aux fins des successions, les couples gais et lesbiens ainsi que leurs enfants ne bénéficient pas des dispositions applicables aux conjoints de fait hétérosexuels. Quant à l'Ontario, la réforme de novembre 1999 relève de l'approche de l'égalité séparée discutée ci-dessous. De plus, un grand nombre de lois, par exemple celles portant sur les successions et sur les biens familiaux, ainsi que certaines dispositions de la *Loi sur les services à la famille*[95], restent inchangées pour ne s'appliquer qu'aux personnes mariées. Or, dans le contexte où le droit au mariage demeure interdit pour les lesbiennes et les gais, la portée des distinctions entre époux et conjoints de sexe opposé prend une autre ampleur. On ne saurait alors parler d'égalité. L'approche de l'égalité formelle, mais partielle, est clairement inacceptable puisqu'elle

maintient une hiérarchie fondée sur l'orientation sexuelle aux plans juridique, politique, symbolique et substantif.

5.2.3 L'approche de l'égalité séparée

Cette approche regroupe les mesures qui accordent aux conjoints de même sexe les avantages et les obligations substantifs offerts aux conjoints de sexe opposé, mais en vertu d'un régime distinct. À l'heure actuelle, toutefois, aucun pays n'accorde aux couples de même sexe tous les droits des couples de sexe opposé dans un régime distinct. Les régimes en place peuvent reconnaître aux conjoints de même sexe la plupart des droits dont jouissent les personnes mariées (Danemark, Norvège, Suède, Islande) ou une partie des droits qu'ont les conjoints de fait (France, Belgique et Hongrie).

Quelle que soit l'étendue des droits substantifs accordés, l'approche de l'égalité séparée a pour principale caractéristique de distinguer, sur les plans juridique et symbolique, entre les personnes hétérosexuelles et les personnes homosexuelles. Au plan strictement juridique, nous pouvons regrouper sous cette approche la plupart des modèles de partenariat enregistré accessibles uniquement aux couples de même sexe comme ceux de la Suède, du Danemark, de la Norvège ou de l'Islande. Toutefois, si nous considérons ce qui a motivé leur adoption, tous les modèles de partenariat enregistré relèvent de l'approche de l'égalité séparée même si certains — comme ceux de la France et des Pays-Bas — sont accessibles également aux couples hétérosexuels vivant en union de fait. En effet, la raison d'être manifeste de ces partenariats est de réserver le droit au mariage aux seuls couples homme-femme par la création d'un régime parallèle qui accorde la plupart des droits substantifs aux couples de même sexe, mais qui maintient une ségrégation renforçant l'idée que ces derniers couples sont inférieurs. Au Canada, cette approche d'égalité séparée a été choisie récemment par le gouvernement ontarien en réaction à la décision *M.* c. *H.*

Depuis le début des années 1990, le modèle du partenariat enregistré a fait l'objet d'un certain engouement qui s'est propagé dans les pays européens et semble aujourd'hui avoir obtenu la faveur de certains États américains comme Hawaii et le Vermont. Au Canada, la Commission de réforme du droit de l'Ontario, en 1993, et le British Columbia Law Institute, en novembre 1998[96], ont tour à tour proposé l'adoption d'un régime de partenariat enregistré dont pourraient se prévaloir les couples de même sexe ou de sexe opposé, mais aussi des dyades non conjugales qui désirent des droits et des obligations similaires. Le thème du partenariat enregistré a aussi fait l'objet d'une conférence commanditée par la Commission du droit du Canada. Tenue du 21 au 23 octobre 1999 à l'Université Queen's de Kingston (Ontario), cette conférence réunissait des juristes, des avocats et des spécialistes du droit de la famille. On y a examiné les potentialités d'un régime de partenariat enregistré. Or, l'engouement pour cette alternative juridique au mariage semble avoir perdu de la vigueur au Canada, notamment parce que tous les modèles de partenariat enregistré ne reconnaissent pas aux conjoints de même sexe des droits identiques à ceux dont jouissent les conjoints hétérosexuels. Alors que l'adoption d'un régime de partenariat enregistré a été perçue comme une étape vers la reconnaissance éventuelle du droit au mariage, elle s'avère plutôt un pis-aller qui, de l'avis de Lahey (1999b), représenterait un recul au Canada. La décision récente de la Cour suprême du

Vermont et l'initiative de l'État d'Hawaii illustrent bien que le partenariat enregistré n'est pas une solution adaptée aux besoins des conjoints de même sexe, mais plutôt une façon de contourner la revendication du droit au mariage.

Au-delà de l'intention de maintenir le mariage comme une chasse gardée hétérosexuelle, les mesures qualifiées d'égalité séparée visent aussi à entretenir la discrimination entre les conjoints de fait selon qu'ils sont de même sexe ou de sexe opposé. À cet égard, le cas de l'Ontario s'avère particulièrement pernicieux. L'appellation même de la loi (*Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.)* est révélatrice d'une égalité vengeresse (*equality with a vengeance*). Plutôt que de modifier la définition du terme « conjoint » pour éliminer la référence au sexe, le gouvernement ontarien a créé un troisième statut conjugal, celui de « partenaire de même sexe ». De plus, alors que certaines lois ont été ignorées (p. ex., les successions), d'autres ont reçu une attention particulière (p. ex., les dispositions sur les conflits d'intérêt) créant ainsi un déséquilibre entre les droits et les obligations. À titre d'exemple, les dispositions sur les biens familiaux n'ont pas été élargies, mais les propriétaires peuvent dorénavant saisir les biens du conjoint de même sexe en paiement du loyer[97]. Bien que les conjoints de même sexe ne soient pas placés sur un pied d'égalité avec les conjoints hétérosexuels aux fins du droit de garde et de visite des enfants, le seul changement apporté à la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* ajoute les « partenaires de même sexe » à la disposition exigeant de tenir compte de la violence contre le conjoint dans la détermination de la garde et des droits de visite[98]. Ces modifications ne sont pas uniquement partielles, elles reflètent et renforcent les stéréotypes d'abus, de violence et de malhonnêteté prêtés aux gais et aux lesbiennes.

La modification apportée en novembre 1999 par l'Ontario se situe clairement dans l'approche de l'égalité séparée. D'une part, elle n'accorde pas aux couples gais et lesbiens les mêmes droits et obligations que ceux des couples hétérosexuels et en ce sens, il n'existe pas d'équivalence. D'autre part, les termes employés dans la rédaction législative reflètent une hiérarchie fondée sur l'orientation sexuelle. Ils entretiennent une vision essentialiste selon laquelle la conjugalité entre un homme et une femme serait normale, mais celle entre personnes de même sexe ne serait que tolérée.

Pour les raisons exposées au chapitre 1, la théorie de l'égalité séparée a été rejetée au Canada tout comme aux États-Unis, où elle évoque les mesures de ségrégation raciale finalement abolies en 1954[99]. Espérons que cette théorie ne sera pas ravivée par les tribunaux qui pourraient y voir une façon d'éliminer les éléments de la discrimination substantive quant aux droits et aux obligations tout en réservant aux hétérosexuels la chasse gardée du mariage. La décision récente de la Cour suprême du Vermont évoque malheureusement ce spectre. En effet, la majorité s'acharne à minimiser la portée de ses conclusions quant à l'inconstitutionnalité de la loi sur le mariage. Elle en fait une simple déclaration judiciaire qui n'entraîne pas de redressement et ajoute même qu'un système « parallèle » de partenariat enregistré pourrait suffire. En réponse à l'opinion minoritaire qui comparait la position majoritaire à de la ségrégation raciale, la majorité affirme :

> L'analogie est boiteuse. Nous n'avons pas affaire ici au fléau que constituait le racisme institutionnalisé, fléau largement reconnu avant la décision que la Cour a rendue dans l'affaire *Watson* et son célèbre précurseur [...]. La partie demanderesse n'a pas réussi à montrer que l'exclusion des couples de même sexe de la définition du mariage avait pour but d'établir une discrimination contre les femmes ou les lesbiennes et les gais, alors que la ségrégation raciale était conçue pour soutenir la doctrine pernicieuse de la suprématie de la race blanche[100] *[traduction]*.

La majorité ajoute que la décision *Watson* dénonçant la ségrégation avait été prise après huit ans de procrastination de la municipalité qui avait reçu l'ordre de réviser ses politiques ségrégationnistes, alors qu'en l'occurrence, « contrairement à Watson, notre décision établit incontestablement une nouvelle doctrine[101] *[traduction]* ».

Même si les tribunaux canadiens ne sont pas immunisés contre l'illogisme et l'incohérence, ils auraient, à notre avis, de la difficulté à reproduire ce raisonnement. Depuis la décision *Andrews*[102] en 1989, l'intention n'étant pas un élément pertinent de l'analyse, le gouvernement ne pouvait se disculper en prétendant que la création d'un modèle distinct pour les couples gais et lesbiens n'était pas motivée par un motif ségrégationniste. Seuls les effets seraient pertinents. Quant à l'argument de la nouveauté, il a été évoqué dans l'affaire *Egan* en 1995 par la majorité de la Cour suprême du Canada (majorité très mince, il va sans dire). Il ressort toutefois des commentaires subséquents du juge Iacobucci, pour la majorité, que le facteur à considérer n'est pas la nouveauté, mais plutôt « [s]i le législateur refuse d'agir pour se conformer graduellement à la *Charte*[103] ». L'étapisme ne peut servir de justification si les revendications de traitement similaire et non discriminatoire n'engagent pas les fonds publics :

> [...] en l'espèce, les incidences financières de l'extension des avantages prévus par la loi aux gais et aux lesbiennes ne suscitent aucune inquiétude. Comme je l'ai déjà fait remarquer, plutôt que d'accroître le fardeau financier de l'État, cette solution contribuera vraisemblablement à dissiper les craintes à ce sujet parce que les couples de même sexe, en tant que groupe, s'adresseront moins à l'aide sociale si le régime de l'obligation alimentaire leur est applicable. Par conséquent, je conclus que le gradualisme du gouvernement ne constitue pas en l'espèce une raison de faire preuve de retenue envers le législateur[104].

Or, la réforme ontarienne de novembre 1999 n'engage pas les fonds publics ou très peu. Au contraire, en reconnaissant des obligations de soutien au conjoint, elle libère l'État au titre du soutien du revenu. Finalement, le recours à la notion de nouveauté constitue une façon détournée d'établir une hiérarchie entre les groupes historiquement défavorisés. Certains groupes, par exemple les femmes et les minorités raciales et religieuses, auraient droit à des redressements immédiats. Dans le cas des groupes dont l'oppression est à ce point normative et banalisée, la lenteur de la prise de conscience justifierait le maintien de la discrimination. Pourtant, les garanties constitutionnelles ne prévoient pas que certains doivent être plus égaux que d'autres. Par ailleurs, la notion de nouveauté constitue un stratagème qui dissimule la déférence envers ce qu'on croit être la résistance de la majorité. Cependant, rien ne prouve

que ce soit le cas. De plus, cela contredit la raison même des dispositions contre la discrimination, soit de protéger les minoritaires contre les majoritaires. Il est probable que la loi ontarienne ne résisterait pas à une contestation judiciaire. Il faut néanmoins s'interroger sur l'attitude des législateurs qui refusent d'agir pour mettre fin à la discrimination et, de surcroît, agissent de manière mesquine en renforçant les stéréotypes discriminatoires et en obligeant les lesbiennes et les gais à retourner, à grands frais, devant les tribunaux pour obtenir l'égalité substantive prescrite dans la *Charte canadienne*. Il ne faut cependant pas confondre l'égalité séparée ségrégationniste et l'égalité substantive abordée plus loin.

5.2.4 L'approche socialisante

Rejoignant la thèse de Margrit Eichler (1988), l'approche socialisante préconise que les rapports privés entre particuliers soient réglés par contrat et testament. Les dispositions prévues pour ces contrats domestiques n'établiraient aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle et le statut conjugal des partenaires, qu'il soit ou non marital. Cette formule unique d'encadrement juridique permettrait d'éliminer le statut privilégié accordé à la conjugalité et de protéger une diversité de ménages où les partenaires se soutiennent mutuellement. Cela pourrait ressembler, par exemple, aux diverses lois sur les cohabitants adoptées en Norvège et en Belgique, et à celles sur l'assistance mutuelle promulguée à Hawaï ou en Catalogne, qui pourraient évidemment être enrichies. Quant aux régimes publics, l'approche socialisante cherche à abolir les conséquences économiques, positives ou négatives, de la reconnaissance des statuts conjugaux afin que la décision de former une union se prenne en raison de l'engagement affectif et moral à l'égard du ou de la partenaire et non pour des considérations financières. Cette approche suppose que l'accès aux programmes sociaux et aux régimes de soutien du revenu soit fondé sur le droit individuel et universel. Elle suppose également que les objectifs de ces régimes soient réorientés en fonction des besoins des personnes à charge (enfants, personnes âgées ou handicapées) et du soutien accordé à celles qui en prennent soin.

La plupart des lois reconnaissant aux conjoints de fait des droits et des devoirs exigent en général la cohabitation pendant un certain temps et un rapport de type conjugal caractérisé par la notoriété et le soutien mutuel. Bref, il y a conjugalité de fait si le rapport ressemble à celui des personnes mariées, même si la cohabitation n'est pas exigée de celles-ci[105]. L'exigence de conjugalité est reflétée dans les expressions « vivre maritalement », utilisée dans la *Loi 32* du Québec, « une union conjugale hors du mariage », dans la *Loi 5* de l'Ontario, « marriage-like relationship », en Colombie-Britannique, et « union de type conjugal », dans la loi fédérale sur les pensions des fonctionnaires[106].

Or, tout comme certains critiquent le statut privilégié du mariage, on peut se demander pourquoi l'union conjugale, hétérosexuelle ou homosexuelle, devrait être privilégiée par opposition à d'autres rapports interpersonnels entre adultes. Le Conseil du statut de la femme du Québec (1999) pose la question en ces termes :

> [...] compte tenu de l'augmentation des personnes vivant seules, de l'accroissement des couples sans enfants, de la valorisation de l'autonomie personnelle, même à l'intérieur du couple, de la fréquence du divorce et de la séparation dans notre société, nos lois sociales peuvent-elles être façonnées

> essentiellement autour du couple? En même temps, peut-on écarter cette solidarité entre les membres d'un couple[107]?

La Cour suprême du Canada a d'ailleurs, dans la décision *Egan,* pris ainsi connaissance des rapports entre partenaires non conjugaux :

> Le fait de restreindre des bénéfices aux couples mariés et aux conjoints de fait exclut nécessairement toute autre forme de couple qui cohabite, comme les frères et soeurs ou autres parents, peu importe le sexe, et les couples qui ne sont pas liés par le sang, quelles que soient leurs raisons et peu importe leur orientation sexuelle. Le juge Mahoney décrit avec lucidité ces différents couples dans le passage suivant de ses motifs (aux p. 412 et 413) :
>
> Un grand nombre de personnes cohabitent à deux, dont les relations sont exclues du champ d'application de la définition. Les frères et soeurs qui cohabitent en sont l'exemple courant; il en est de même des parents ou alliés, et des personnes qui ne sont pas apparentées. Ces gens cohabitent pour une multitude de raisons personnelles, lesquelles sont combinées ou non, par exemple des raisons de simple commodité, l'avantage de la mise en commun des ressources, l'identité d'intérêts, la sympathie, l'amitié et l'affection non sexuelle, l'avantage d'avoir un soutien pour quelqu'un qui est infirme ou malade ou qui craint de tomber malade, ou encore simplement pour éviter la solitude ou l'isolement[108].

Bien que ce constat ait représenté un prétexte pour débouter Egan, on ne peut nier l'existence de ces rapports de cohabitation et de soutien mutuel entre partenaires. Il ne fait donc aucun doute que le statut privilégié des conjoints peut constituer une discrimination fondée sur le statut marital ou la situation de famille. On ne peut non plus nier que, dans l'état actuel des régimes publics, le soutien d'une soeur aînée de 56 ans, par exemple, libère l'État de son obligation de subvenir aux besoins de sa cadette.

En Europe, certains gouvernements, nommément la Belgique, la Norvège et la région autonome de la Catalogne espagnole, ont tenté de pallier les préoccupations d'élargissement des droits familiaux à d'autres paires. La disposition norvégienne ressemble à l'article 1938 du *Code civil du Québec,* qui prévoit le droit de se maintenir après la fin de la cohabitation (en raison du décès ou d'une rupture) dans les locaux loués non seulement pour le concubin, mais aussi pour un parent ou un allié (Forder, 1999a). Quant à la Belgique, tout en refusant de modifier son *Code civil* pour reconnaître aux couples de lesbiennes et de gais un statut conjugal, elle a néanmoins modifié la partie portant sur les biens. Désormais, deux personnes peuvent se déclarer partenaires[109], que leurs rapports soient maritaux ou non.

L'extension des droits et des devoirs à d'autres paires qu'à celles liées maritalement a le mérite de reconnaître la diversité des ménages dont les partenaires se soutiennent mutuellement. Il s'agit d'un phénomène social grandissant, surtout à une époque où émergent de nouvelles configurations familiales et domestiques. De plus, comme le démontrent l'exemple belge et le

raisonnement du juge Laforest dans l'affaire *Egan*, le sujet des partenariats non maritaux est souvent soulevé afin de contrer la reconnaissance des couples lesbiens et gais. Il sert donc d'écran à l'homophobie.

Puisque le modèle élargi de partenariat ne se limite pas aux personnes qui entretiennent des rapports conjugaux, il pourrait fournir une solution aux lesbiennes et aux gais qui s'objectent au dévoilement de leurs relations par crainte de représailles. Les lesbiennes que nous avons consultées pendant cette étude, malgré leurs inquiétudes quant au dévoilement obligatoire de leur orientation sexuelle, s'opposaient vivement à ce type de formule, y flairant une homophobie camouflée. Enfin, paradoxalement, même si l'extension proposée semble correspondre à une vision universaliste du fait qu'elle ne se limite pas aux conjoints, elle entérine, dans sa forme actuelle, un mouvement de privatisation du soutien étatique et renvoie aux calendes grecques la réalisation de la promesse d'une société égalitaire.

Dans ses commentaires sur le projet de loi 32, le Conseil du statut de la femme du Québec exhortait le gouvernement à :

> [...] saisir l'occasion pour réfléchir plus largement sur la finalité de nos lois sociales et de nos politiques et sur les valeurs sociales qu'elles veulent refléter. Tout en corrigeant les injustices dont sont victimes les conjoints de même sexe, il faudrait avoir la préoccupation d'adapter nos lois à l'évolution sociale récente et à la diversification des modes de vie[110].

À l'instar du Conseil du statut de la femme du Québec, nous croyons qu'éliminer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la définition des statuts conjugaux est certes un premier pas à franchir afin que les couples de même sexe soient traités équitablement. Nous estimons toutefois qu'il s'agit d'une étape dans une démarche plus globale qui vise, en définitive, une révision générale de la reconnaissance des statuts conjugaux dans les régimes publics. À cet effet, nous avons déjà montré, au chapitre 3, les disparités existant entre les objectifs déclarés des programmes de soutien du revenu, dont bon nombre ont la prétention de soutenir les familles, et leurs résultats concrets. Rappelons à titre d'exemple que la reconnaissance d'un conjoint ou d'une conjointe dans les programmes d'assistance sociale entraîne une perte de revenu importante pour les femmes prestataires et décourage la formation des familles, en particulier lorsqu'il y a des enfants. Par ailleurs, l'Allocation au conjoint ou les rentes pour conjoint survivant qui, en principe, visent à assurer un revenu aux familles où les femmes s'abstiennent d'avoir un emploi pour s'occuper du travail domestique et des soins aux enfants accordent en fait des bénéfices aux couples sans enfants. Pourtant, l'on refuse ces avantages aux mères monoparentales qui sont parmi les plus pauvres.

Devant la diversification et la fluidité des modes de vie, tant chez les personnes hétérosexuelles qu'homosexuelles, l'augmentation des familles monoparentales et reconstituées, et la dissociation manifeste qu'elle entraîne entre conjugalité et parentalité, il importe de revoir la pertinence de la conjugalité en tant que référent des régimes publics dits familiaux. L'approche socialisante que nous préconisons favorise l'abandon de la conjugalité comme critère d'accès aux régimes de soutien du revenu au profit de l'individu. De plus, les objectifs de ces régimes

doivent, à notre avis, être réorientés en fonction des besoins des personnes à charge (enfants, personnes âgées ou handicapées) et du soutien accordé aux personnes qui en prennent soin.

5.2.5 L'approche de l'égalité substantive

Contrairement aux précédentes, l'approche de l'égalité substantive n'a pas fait l'objet de beaucoup de discussions chez les juristes, les militants et les militantes qui s'intéressent à la reconnaissance juridique des couples de même sexe au Canada, bien qu'elle ait été retenue par la Cour suprême du Canada. Nous constatons toutefois que l'approche et les moyens pour atteindre l'égalité réelle ont été au coeur des préoccupations des lesbiennes consultées. À cet égard, leurs réflexions sur la stigmatisation vécue comme un frein à l'exercice concret du droit à l'égalité constituent sans nul doute l'une des plus importantes contributions de la présente recherche.

Au Danemark, la stigmatisation dont les gais et les lesbiennes font l'objet a été au centre de la discussion précédant l'adoption du premier projet de loi sur le partenariat enregistré en Europe. La prise en compte de cette situation a conduit le Danemark à privilégier l'enregistrement volontaire plutôt que la reconnaissance *de facto* des couples de même sexe. Depuis, tous les pays ayant opté pour une reconnaissance juridique des couples de même sexe, à l'exception du Canada, ont choisi cette voie.

L'égalité formelle exige que les lois traitent de façon identique les personnes qui sont dans une situation identique. L'égalité substantive considère au contraire que le même traitement peut parfois entraîner de la discrimination en raison des conditions particulières du groupe opprimé. L'égalité substantive, pour reprendre l'expression de Catherine MacKinnon (1987, p. 32-45), reconnaît d'abord les inégalités sociales et élabore ensuite des mécanismes pour les contrer.

Pour mettre fin à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il faut d'abord examiner le contexte social d'inégalité dans lequel vivent les lesbiennes et les gais afin d'y déceler leurs besoins particuliers pour ensuite formuler les mesures nécessaires. Sans pour autant exclure les autres caractéristiques propres[111] aux lesbiennes et aux gais, il ressort clairement de nos consultations, rapportées au chapitre 4, que l'homophobie et l'hétérosexisme persistent. Nous avons aussi constaté que le dévoilement de l'orientation sexuelle entraîne encore des conséquences dans le milieu de travail et les institutions publiques et ce, non seulement pour les lesbiennes, mais aussi pour leurs enfants. Selon l'approche de l'égalité substantive, toute réforme visant à reconnaître les couples de lesbiennes doit donc prendre en compte les effets de l'obligation de dévoilement et, plus généralement, du contexte de stigmatisation. Il s'ensuit, par exemple, que, lorsque la notion de conjoints de fait est élargie pour inclure les conjoints de même sexe, le contexte applicable aux conjoints de sexe opposé ne peut pas être transposé aux conjoints de même sexe. Par conséquent, les mesures adoptées ne peuvent être identiques. La prise en compte des représailles homophobes éventuelles exige l'élaboration de règles particulières reconnaissant notamment que le critère de notoriété a un effet différentiel pour les conjoints de même sexe. Elle exige aussi de reconnaître que la confidentialité des renseignements sur le statut conjugal est d'importance capitale. Nous proposons d'ailleurs de telles règles au chapitre suivant.

De plus, il faudrait une recherche plus poussée pour le démontrer, mais on peut présumer que les lesbiennes et les gais ont été si longtemps tenus en marge du droit de la famille qu'ils en connaissent très mal les tenants et les aboutissants. Par conséquent, si cette conjecture s'avère juste, ce que nos consultations semblent indiquer, l'approche de l'égalité substantive exigerait d'assortir l'élargissement des droits d'un effort substantiel et concerté d'information et d'éducation auprès des lesbiennes et des gais. Cet aspect est détaillé au chapitre suivant.

5.3 Conclusion

Nous avons passé en revue, dans la première partie de ce chapitre, les différents modèles de partenariat enregistré qui existent actuellement en Occident afin de mieux contextualiser la position du gouvernement canadien et des provinces en matière de reconnaissance des couples de même sexe. Dans la seconde partie, nous avons traité des approches de l'égalité qui ont guidé ou qui pourraient guider les réformes législatives en ce domaine. Au terme de notre analyse, les approches de l'égalité séparée et de l'égalité formelle partielle nous semblent inadéquates, par leurs principes et leurs finalités, pour éliminer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la définition des statuts conjugaux. L'approche de l'égalité formelle nous semble, quant à elle, insuffisante, car elle ne s'attaque pas aux inégalités réelles subies par les lesbiennes. Or, les inégalités telles que l'homophobie et la stigmatisation résultante n'ont aucune contrepartie chez les hétérosexuels. Par conséquent, nous préconisons plutôt une double approche en matière d'égalité pour les couples de même sexe. Toute réforme législative devrait privilégier une approche d'égalité substantive en matière de reconnaissance juridique des couples de même sexe et une approche socialisante en matière de réforme des régimes publics.

Dans la plupart des pays d'Europe du Nord, la reconnaissance juridique des couples de même sexe a été davantage le résultat de consultations publiques et de réformes législatives menées par le gouvernement que de contestations judiciaires. Cette situation contraste avec celle du Canada, où les gouvernements ont eu tendance à réagir aux contestations judiciaires plutôt que d'assumer un rôle de chef de file en matière de réforme du droit[112]. Près de 20 ans après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il est grand temps que le gouvernement fédéral et les provinces appliquent le principe d'égalité sans distinction et entreprennent des réformes législatives visant à procurer l'égalité substantive aux couples de lesbiennes et de gais.

Nous sommes néanmoins conscientes que les revendications mises de l'avant par les principaux regroupements gais et lesbiens au Canada ne concernent que l'égalité formelle pour les personnes homosexuelles. Ces revendications relèvent davantage du *realpolitik* que d'un véritable projet de société juste et équitable en fait de citoyenneté et de redistribution des richesses. Les stratégies pour les exécuter sont, la plupart du temps, modelées selon les prescriptions de *l'art du possible*. Quant aux concessions des gouvernements fédéral et provinciaux, elles sont le plus souvent fondées sur des exigences électorales et des sondages d'opinion. Dans ce contexte, toute revendication qui tend à promouvoir plus globalement une société axée sur la solidarité et l'universalité du soutien social est reléguée au rang de l'utopie. On ne saurait par conséquent minimiser la nécessité d'exiger avec vigueur des

modifications aux programmes canadiens (fédéraux et provinciaux) de soutien du revenu qui fondent les droits et les obligations sur la conjugalité plutôt que sur la parentalité et le soutien des personnes adultes à charge. Nous formulons dans le chapitre suivant quelques principes généraux et recommandations à cet effet.

Notes du chapitre 5

[1] *Registered Partnership Act*, Loi n° 373, 1er juin 1989.

[2] *Ibid.*, art. 5(1).

[3] *Ibid.*

[4] *Ibid.*, art. 2(2).

[5] *Ibid.*, art. 3(1).

[6] *Ibid.*, art. 4(1) et 4(2).

[7] Voir « Gays Lose Interest Lesbians Keep On Coming », <http://www.lbl.dk/partstat.htm>, consulté le 4 février 2000, et Martha Bailey (1999, p. 103).

[8] *Act on Registered Partnership for Homosexual Couples*, Loi n° 40, 30 avril 1993, entrée en vigueur le 1er août 1993.

[9] On pourra consulter à cet effet le rapport de l'International Lesbian and Gay Association, <http: //www.ilga.org/Information/legal_survey/europe/norway.htm>, consulté le 12 septembre 2000.

[10] *Ibid.*

[11] *Act on Registered Partnership for Homosexual Couples, op. cit.*, article 4.

[12] Voir <http://www.ilga.org/Information/legal_survey/europe/norway.htm>, consulté le 12 septembre 2000.

[13] *Joint Household Act*, Loi n° 45, juillet 1992.

[14] Clause première de l'*Homosexual Cohabitees Act* : « Si deux personnes habitent ensemble dans le contexte d'une relation homosexuelle, alors les dispositions des lois et règlements suivants, visant les personnes qui cohabitent, les viseront également, à titre de personnes homosexuelles cohabitantes *[traduction]* ».

[15] La *Registered Partnership (Family Law) Act*, adoptée le 23 juin 1994 et entrée en vigueur le 1er janvier 1995.

[16] *Registered Partnership Act*, chap. 3, articles 2-4.

[17] *Ibid.*, chap. 1, article 3.

[18] *Ibid.*, chap. 3, article 3.

[19] Données fournies par la Swedish Federation for Gay and Lesbian Rights (Riksförbundet För Sexuellt Likaberättigande, RFSL). Les chiffres s'appliquent aux particuliers, citoyens ou citoyennes de la Suède, et non aux couples. Le nombre impair de particuliers peut résulter du fait que certains des partenaires ne sont pas citoyens suédois et n'ont donc pas été comptés.

[20] *Recognized Partnership Act*, Loi n° 564, 1996.

[21] *Ibid.*, article 6.

[22] Tel que mentionné dans *An Act Relating To Civil Unions*, Loi n° 91, 26 avril 2000, section 1, article 4.

[23] *An Act Relating To Civil Unions*, Loi n° 91, 26 avril 2000.

[24] *Ibid.*, section 1, article 11.

[25] *Ibid.*, chapitre 23, article 1202.

[26] *Ibid.*, chapitre 106, articles 5160 et 5161.

[27] *Ibid.*, chapitre 23, article 1206.

[28] *Ibid.*, chapitre 23, article 1204.

[29] *Ibid.*

[30] *Ibid.*, chapitre 25, article 1302.

[31] *Act of 5th July 1997 to amend Book 1 Civil Code and the Code of Civil Procedure in order to introduce provisions regarding registration of partnership,* Staatsblad, 1997. Les informations de cette section proviennent en grande partie de la brochure publiée par le ministère de la Justice hollandais, *Registered Partnership, Marriage and Cohabitation Contract,* <http://www.xs4all.nl/~nvihcoc/regpartner.html>, consulté le 5 février 2000.

[32] Les statistiques sur le partenariat enregistré aux Pays-Bas peuvent être obtenues du Dutch Central Bureau for Statistics, <www.cbs.nl/nl/cijfers/kerncijfers/sbv0603a.htm>, consulté le 5 février 2000. Pour celles du Danemark, <www.lbl.dk/partstat.htm>, consulté le 4 février 2000.

[33] Ministère de la Justice des Pays-Bas, *Registered Partnership in the Netherlands: A Quick Scan*, La Haye, WODC, 1999, tableau 9.

[34] *Ibid.*, p. 27-28.

[35] *Ibid.*, p. 30.

[36] Ministère de la Justice des Pays-Bas, *Registered Partnership, marriage and cohabitation contract*, brochure, p. 2, <http://www.xs4all.nl/~nvihcoc/regpartner.html>, consulté le 5 février 2000.

[37] *Ibid.*, p. 5, à la rubrique *When does the registered partnership end?*

[38] *Ibid.*

[39] *Ibid.*, p. 4, à la rubrique *Rights and Obligations.*

[40] *Ibid.*

[41] *Shared Custody And Guardianship Act Of 24th December 1997*, Staatsblad, 1997, 772, cité dans Forder (1999b, p. 67).

[42] Voir <http://coc.guts.nl/index.html?file=marriage>, consulté le 10 novembre 2000. La loi n'étant pas encore traduite en anglais, nous ne pouvons au moment de la rédaction de ce rapport en fournir l'exacte référence.

[43] Voir « The Latest about Lifting the Ban on Marriage for Same-Sex Couples in the Netherlands », NVIH-COC, <http://coc.guts.nl/index.html?file=marriage>, consulté le 10 novembre 2000.

[44] *Deuxième congrès national du collectif pour le contrat d'union civile et sociale,* <http://perso.club-internet.fr/ccucs/docu/congres1998.html>, consulté le 10 décembre 2000.

[45] L'article 515-8 du *Code civil* stipule dorénavant que : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe opposé ou de même sexe, qui vivent en couple. »

[46] Pour une critique des enjeux et des limites de ces différents modèles, voir Théry (1998), Grosjean (1998), Waigi (1998) et Groupe de réflexion : conséquences financières de la séparation des couples (1998).

[47] Voir à ce sujet l'ouvrage de Christine Boutin (1998) qui est représentatif de la tendance selon laquelle le PACS nuirait à la famille. Pour une chronologie des mouvements d'appui et de résistance au PACS, lire le rapport de l'Observatoire du PACS, <http://www.chez.com/obspacs/rapport_observatoire_du_pacs_1999.htm>, consulté le 10 décembre 1999.

[48] *Loi du 15/11/99 relative au pacte civil de solidarité*, n° 99-944. Les informations sur le PACS sont tirées de la brochure du ministère de la Justice française, *Pacte Civil de Solidarité (PACS), Mode d'emploi*, <http://www.justice.gouv.fr/justicef/pacs2.html>, consulté le 6 février 2000.

[49] Art. 515-1 du *Code civil.*

[50] Art. 515-2 du *Code civil.*

[51] Art. 515-3 du *Code civil.*

[52] Art. 515-7 du *Code civil.*

[53] *Ibid.*

[54] Art. 515-4 du *Code civil.*

[55] *Ibid.*

[56] Art. 515-5 du *Code civil.*

[57] Art. 4, paragraphe I du *Code civil.*

[58] On peut consulter les critiques à l'égard du PACS colligées par l'Observatoire du PACS, <http://www.chez.com/obspacs/rapport_observatoire_du_pacs_1999.htm>, consulté le 10 décembre 1999.

[59] *Code civil hongrois*, art. 578g, alinéa 22, cité dans Forder (1999a, p. 46).

[60] *Code civil hongrois*, art. 578g, alinéa 1.

[61] Martha Bailey (1999, p. 125) cite l'article (2a) de la loi qui prévoit que : « aucun État, territoire ou possession des États-Unis, ou tribu indienne, ne sera tenu de rendre exécutoire quelque acte public, registre ou procédure judiciaire d'un autre État, territoire, possession ou tribu en ce qui a trait à une union entre personnes du même sexe qui est considérée comme un mariage selon les lois de cet autre État, territoire, possession ou tribu ou selon un droit ou une réclamation découlant d'une telle union ».

[62] Voir à ce sujet *Baehr* c. *Miike*, 1996 WL 694235 (Haw. Circ. Ct.).

[63] *An Act relating to Unmarried Couples,* 1997 HI H.B. 118, entré en vigueur le 1er juillet 1997.

[64] *Ibid.*, art. 2.

[65] Cité dans Martha Bailey (1999, p. 128) : « L'article 5 de la loi impose les conditions suivantes aux personnes qui veulent s'engager dans une relation de bénéficiaires réciproques : chaque partie doit être âgée d'au moins 18 ans; aucune partie ne doit être mariée ou partie à une autre relation de bénéficiaires réciproques; les parties doivent être assujetties à une interdiction légale de se marier; chaque partie doit avoir consenti librement à la relation de bénéficiaires réciproques, en l'absence de toute force, contrainte ou fraude; chaque partie doit signer une déclaration de bénéficiaires réciproques. »

[66] *Le Contrat d'Union Civile et Sociale, Rapport de législation comparée,* p. 39, <http://www.france.grd.org/texts/partnership/France-senat-97-lc28-fr.html>, consulté le 7 février 2000.

[67] *An Act Relating To Civil Unions*, Loi n° 91, 26 avril 2000, chapitre 25, art. 1301.

[68] *Ibid.*

[69] *Ibid.*, chapitre 25, article 1303.

[70] Adoptée le 23 novembre 1998, la *Loi* est entrée en vigueur le 1er janvier 2000.

[71] Voir à ce sujet l'interprétation qu'en donnent Leleu, Couquelet et von Frenckell (1999).

[72] Art. 1476, par. 1 du *Code civil.*

[73] Art. 1477, par. 3 du *Code civil.*

[74] *Ibid.*, par. 4.

[75] *Ibid.*, par. 2.

[76] Art. 1478 du *Code civil.*

[77] Art. 1476, par. 2 du *Code civil.*

[78] Adoptée le 15 juillet 1998, la *Stable Couples Act* est entrée en vigueur le 23 octobre 1998.

[79] *Stable Couples Act,* art. 21, cité dans Forder (1999b, p. 52-53).

[80] *Stable Couples Act,* art. 1.2.

[81] *Ibid.*, art. 11 et 28.

[82] *Ibid.*, art. 4 et 23.

[83] *Mutual Assistance Act*, Loi 19/1998, entrée en vigueur en 1999.

[84] *Ibid.*, chap. 3, art. 35.

[85] *Ibid.*, chap. 4, art. 45.

[86] *Joint Household Act*, Loi n° 45, 4 juillet 1992.

[87] Nous avons déjà mentionné au chapitre 2 que la situation est différente au Québec. Sous les pressions des groupes de femmes, le législateur a préféré maintenir les conjoints de fait hors du droit familial privé que régit le *Code civil*. Les conjoints de fait de sexe opposé ou de même sexe n'ont donc pas accès aux droits relatifs à la résidence familiale, au partage du patrimoine familial au moment de la dissolution de l'union, à l'obligation alimentaire envers le conjoint, à la succession sans testament et au consentement aux soins en cas d'inaptitude. Tous ces droits sont réservés aux seuls époux au Québec.

[88] *Miron* c. *Trudel* [1995] 2 R.C.S. 418, par. 155.

[89] Projet de loi C-23, sanctionné le 14 juin 2000.

[90] *Ibid.*, par. 48(2).

[91] *Ibid.*, par. 259(1).

[92] Voir le chapitre 1 à ce sujet, notamment la section sur le malaise face à l'adhésion au modèle de la famille patriarcale.

[93] C'est ce qu'affirmait la juge Claire L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Canada (Procureur général)* c. *Mossop*, [1993] 1 R. C. S. 554, p. 634.

[94] *Loi 100, The Definition of Spouse Amendment Act, op. cit.*

[95] *Loi sur les services à la famille, op. cit.*

[96] British Columbia Law Institute, *Report on Recognition of Spousal and Family Status*, Vancouver, l'Institut, novembre 1999.

[97] *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H., op. cit.*, art. 9.

[98] *Ibid.*, art. 7.

[99] *Brown* v. *Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

[100] *Baker* v. *State*, Vt.98-032 (décision rendue le 20 décembre 1999), à la p. 42.

[101] *Ibid.*

[102] *Andrews, op. cit.*

[103] *M.* c. *H., op. cit.*, par. 129.

[104] *Ibid.*, par. 130.

[105] Cette distinction pourrait s'expliquer par le fait que les personnes mariées ont, par la cérémonie du mariage, pris un engagement public alors que dans le cas des conjoints de fait, il n'existe pas de formalités publiques. D'où la nécessité d'appuyer la détermination sur des gestes concrets.

[106] L.C.1999 c.34, par. 25(4).

[107] Conseil du statut de la femme du Québec, *Commentaires sur le projet de loi concernant les conjoints de fait de même sexe,* p. 30.

[108] *Egan, op. cit.*, par. 19 (Laforest).

[109] Forder (1999a). Le partenariat peut toutefois être rompu par la simple déclaration unilatérale d'une des parties et il ne prévoit aucun droit au soutien ni à la succession. Pendant la durée du partenariat, les partenaires sont responsables des dettes de l'autre et le foyer ne peut être aliéné sans le consentement de l'autre, même si les droits séparés de propriété sont maintenus. La Catalogne, quant à elle, a adopté en 1998 une loi régissant les rapports des personnes qui cohabitent et se procurent un soutien mutuel. L'application des droits et devoirs exige au départ que les partenaires aient soit cohabité pendant une période minimale de trois ans, soit constitué leur partenariat par acte notarié. Il existe des distinctions selon qu'il s'agit d'un partenariat de soutien mutuel ou de soins dispensés à une personne âgée par une personne plus jeune. En général, toutefois, la loi prévoit principalement des droits pour le cohabitant survivant au moment du décès de l'autre. Cela peut inclure le droit au maintien dans le domicile, au soutien financier et une part ou l'ensemble de la succession *ab intestat.*

[110] Conseil du statut de la femme du Québec, *op. cit.*

[111] Les avocates de la défenderesse dans l'affaire *M.* c. *H.* ont tenté de convaincre la Cour suprême du Canada que les relations des lesbiennes étaient construites sur une dynamique d'égalité. Elles ont soutenu que ces relations n'étaient pas modelées sur la dépendance qui fonde les lois sur la famille, dont l'objet est de pallier l'inégalité en imposant la redistribution des richesses et des ressources au moment de la rupture. Tout en acceptant l'existence d'éléments de preuve de cette prétention, la Cour suprême a conclu que les conditions propres aux lesbiennes ne permettaient pas de les exclure complètement de la possibilité de réclamer les aliments et elle a distingué le droit de les demander du droit de les obtenir. Voir *M* c. *H., op. cit.*, par.110.

[112] Voir à cet égard Martha Bailey (1999, p. 94-95).

6 : PISTES DE RÉFORME ET RECOMMANDATIONS

Dans ce dernier chapitre, nous esquissons quelques pistes de réforme pour répondre plus adéquatement aux problèmes soulevés dans notre recherche. Nous avons formulé 13 recommandations afin de fournir aux couples de lesbiennes un droit sans équivoque à l'égalité, au respect et à la dignité. S'intéresser à la reconnaissance juridique des couples de même sexe et à ses conséquences sur les programmes canadiens de soutien du revenu et la fiscalité nous a aussi amenées à questionner plus fondamentalement les critères sur lesquels se fondent la reconnaissance des statuts conjugaux, leur utilisation dans les régimes publics et leurs effets d'exclusion pour les ménages qui ne correspondent pas à ces critères. Aussi, les recommandations de cette étude dépassent-elles le simple élargissement aux couples de même sexe des droits et des obligations associés au mariage et à l'union de fait. Elles invitent à repenser globalement les régimes conjugaux, tant en droit privé que dans les politiques canadiennes de soutien du revenu et la fiscalité, afin de les adapter à la diversité des modes de vie domestique et à la fluidité des statuts conjugaux et familiaux.

Les propositions formulées dans le cadre de cette étude sont de deux ordres. Elles visent, d'une part, à assurer une égalité réelle entre les couples, qu'ils soient composés de femmes, d'hommes ou d'un homme et d'une femme. Elles ont aussi pour but d'éliminer la hiérarchie actuelle des statuts conjugaux fondée à la fois sur le sexe et l'orientation sexuelle des partenaires. Le droit, à notre avis, ne devrait pas chercher à renforcer la différence des sexes en attribuant un statut juridique supérieur aux relations conjugales hétérosexuelles et aux institutions qui maintiennent cette différenciation et la domination résultante. Il devrait plutôt chercher à combattre activement les hiérarchies sociales ou, du moins, à en neutraliser les effets. En adoptant des lois qui tiennent compte de la diversité des modèles sexués de relations conjugales, l'on déconstruit peu à peu l'idée selon laquelle l'hétérosexualité serait la seule forme d'organisation de la sexualité et des relations humaines capable de fonder et d'engendrer la société.

Au-delà de l'extension aux couples de même sexe des droits et des obligations associés au mariage et à l'union de fait, les gouvernements fédéral et provinciaux devraient se demander si le fait de privilégier les unions conjugales dans certains régimes est compatible avec la fluidité et la diversité des modes de vie. En effet, la hausse des divorces, des unions libres, des familles recomposées et des naissances hors mariage ces 30 dernières années reflète de profondes transformations de l'institution du mariage et de son importance. Le code rigide du mariage chrétien et de la famille conjugale ne s'impose plus comme autrefois. Les couples qui ont adopté de nouveaux modes de vie au lieu du mariage ne sont plus sanctionnés aussi négativement qu'auparavant et les normes traditionnelles sont souvent considérées comme périmées. Ces changements, associés à l'augmentation du nombre de personnes vivant seules, à la plus grande acceptation des couples de même sexe et à la multiplication des ménages non conjugaux où les partenaires s'offrent un soutien matériel, contribuent à la redéfinition de la famille. Ils devraient donner lieu à des changements dans les lois ainsi que les politiques sociales et fiscales afin de mieux les adapter aux réalités domestiques contemporaines. Pour ce faire, les gouvernements devraient s'inspirer de valeurs telles l'équité, l'égalité, la liberté

de choix, l'affection mutuelle, l'autonomie des partenaires et la protection des personnes vulnérables, valeurs sous-jacentes des discours publics sur la conjugalité (Bailey, 1999, p. 13). Actuellement, ni le droit de la famille ni les politiques s'y rattachant ne reflètent ces valeurs fondamentales et l'évolution des moeurs en matière de conjugalité.

Considérant les avantages et les exclusions fondés sur le statut conjugal, nos recommandations visent, d'autre part, à restreindre l'utilisation du critere de conjugalité dans la fiscalité et les politiques canadiennes de soutien du revenu. Pour mieux tenir compte de la diversité des modes de vie domestique et répondre équitablement aux besoins individuels, ces programmes devraient être réorientés de manière à respecter le principe de l'universalité et à offrir un soutien aux enfants, aux autres personnes ayant des besoins particuliers (p. ex., les personnes handicapées, malades ou âgées) et aux personnes qui en prennent soin sans être rémunérées.

Dans le cadre de cette recherche, nécessairement limitée, nous n'avons pas la prétention de présenter ce que pourrait être les modalités d'une réforme en profondeur des statuts conjugaux tant en droit privé que dans les programmes de soutien au revenu et dans le régime fiscal canadien. Nous croyons, au contraire, qu'il s'agit d'un débat social auquel devraient participer de nombreux acteurs, spécialistes et experts, en particulier les organisations féministes et les regroupements gais et lesbiens de ce pays. Il est temps pour le gouvernement fédéral de fournir un forum pour la tenue de ce débat. Nous proposons pour ce faire la mise sur pied d'une Commission d'enquête sur les transformations du couple et de la famille ayant pour mandat d'étudier le statut des couples et des familles tant dans le droit privé que dans les politiques sociales et fiscales canadiennes. Les grandes lignes du mandat de cette commission sont esquissées à la recommandation n° 13 du présent rapport.

Nous sommes d'avis, toutefois, que les gouvernements provinciaux et fédéral ne devraient pas attendre les conclusions d'une éventuelle Commission d'enquête mais devraient prendre les mesures nécessaires à l'élimination des discriminations fondées sur le sexe des conjoints dans un avenir rapproché. Ainsi, les recommandations n^{os} 1 à 4 pourraient être mises en oeuvre à court terme, afin que les couples de même sexe bénéficient d'une égalité de statut avec les couples de sexe opposé au chapitre des droits et des obligations. Ces recommandations ne créent à notre avis aucune condition susceptible de porter atteinte à la réalisation des objectifs qu'une éventuelle Commission d'enquête pourrait proposer. En présumer autrement laisserait entendre que les sociétés canadienne et québécoise n'adhèrent pas aux garanties constitutionnelles d'égalité pour les gais et les lesbiennes de ce pays.

Quatre principes pourraient guider les gouvernements dans la mise en oeuvre de réformes qui visent l'égalité substantive pour les couples de même sexe, et plus largement pour les conjoints de fait, de même qu'une meilleure répartition des richesses entre les ménages canadiens, soit :

- éliminer des lois canadiennes toute distinction fondée sur le sexe des partenaires pour l'accès aux statuts conjugaux et aux dispositions relatives à la filiation;

- dans une perspective d'égalité substantive, prendre en compte la situation réelle de stigmatisation vécue par les lesbiennes et les gais dans la mise en oeuvre des changements législatifs visant à accorder une reconnaissance juridique à leurs unions;
- réformer l'encadrement juridique de la conjugalité hors mariage afin de respecter la liberté de choix et l'autonomie des partenaires ainsi que la protection des personnes vulnérables;
- réduire le plus possible les répercussions financières, positives et négatives, des statuts conjugaux dans la fiscalité et les programmes canadiens de soutien du revenu, afin que la décision de former une union se prenne en fonction de l'engagement affectif et moral entre les partenaires et non de considérations financières.

Au terme de notre étude, nous devons considérer que les couples de même sexe, comme les couples de sexe opposé, ont des besoins variés en matière de reconnaissance juridique de leurs unions. Pour des raisons multiples évoquées au chapitre 4, plusieurs lesbiennes, à l'instar de nombreuses femmes hétérosexuelles, voudraient préserver le caractère libre de leurs unions en évitant toute forme d'encadrement juridique. Elles renonceraient de plein gré à leurs droits et à leurs obligations à titre de conjointes de fait. D'autres, plus nombreuses, souhaiteraient que la reconnaissance du statut de conjoints de fait puisse s'appliquer à tous les couples de même sexe au Canada, ce qui n'est pas le cas actuellement. D'autres encore désireraient une reconnaissance juridique élargie du statut de conjoint leur donnant accès à certains droits conférés par le *Code civil du Québec* : par exemple, le consentement aux soins en cas d'inaptitude du ou de la partenaire, l'héritage sans testament, l'accès aux services d'adoption pour les couples de même sexe et d'insémination artificielle pour les lesbiennes. Enfin, d'autres aimeraient pouvoir se marier ou obtenir les mêmes droits et obligations que ceux conférés par le mariage, notamment en ce qui concerne le patrimoine familial, le soutien alimentaire, le droit de filiation pour les parents adoptants de même sexe et pour la conjointe d'une mère lesbienne agissant comme coparent. Pour répondre à ces besoins, il importe d'établir une reconnaissance juridique des conjointes de même sexe modulée en fonction de la diversité de leurs modes de vie conjugale.

6.1 Éliminer la discrimination fondée sur le sexe des partenaires

6.1.1 Inclure les couples de même sexe dans la définition juridique de l'union de fait

En Octobre 2000, six provinces n'avaient pas encore amorcé de réforme visant à accorder aux couples de même sexe les mêmes droits et les mêmes obligations que ceux des couples hétérosexuels en union de fait. Cette situation juridique tend à perdurer même si les lois sur la famille de ces provinces ne se distinguent pas substantiellement de celles de l'Ontario qui ont été jugées discriminatoires par les tribunaux, y compris par la Cour suprême du Canada dans la décision *M.* c. *H*[1]. Notons toutefois que la Nouvelle-Écosse étudiait en octobre 2000 un projet de loi qui reconnaîtrait les unions de fait de même sexe dans un régime de partenariat enregistré disponible à tous les couples vivant en union libre. Bien que trois provinces (Colombie-Britannique, Québec et Ontario) ont déjà modifié certaines de leurs lois pour en éliminer les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, des distinctions persistent. À court terme, les provinces et les territoires qui ne l'ont pas déjà fait devraient redéfinir la conjugalité de fait afin d'y inclure les couples de même sexe. Cette réforme aurait des effets

juridiques tant en droit privé qu'en droit public, par exemple en matière d'assurances sociales, d'assistance et de fiscalité.

Recommandation n° 1 : Nous recommandons que les provinces et les territoires modifient immédiatement toutes leurs lois conférant des droits et des obligations aux conjoints de fait de manière à éliminer toute distinction fondée sur le sexe des partenaires. À cet effet, la terminologie adoptée par l'Ontario dans la *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H* ne saurait être retenue parce qu'elle impose une telle distinction. Les provinces et les territoires devraient plutôt employer la terminologie privilégiée par le Québec dans sa *Loi 32* ou par le gouvernement fédéral dans son projet de loi C-23.

6.1.2 Accorder aux gais et aux lesbiennes le droit au mariage

Réserver l'institution du mariage aux couples formés d'un homme et d'une femme représente toujours l'affirmation d'une hiérarchie sociale fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle des partenaires. Selon l'anthropologue Renée B. Dandurand, le mariage a été l'institution par excellence de la normalisation sociale des rapports entre les sexes :

> [...] pour formaliser la division sexuelle du travail, pour contrôler l'exercice de la sexualité et de la procréation, pour légitimer les enfants et surtout pour leur attribuer un père, le mariage a joué un rôle fondamental dans l'histoire de l'humanité (Dandurand, 1988, p. 13).

Or, cet arrangement social qui faisait coïncider mariage, famille et unité de subsistance s'est profondément transformé avec la modernité. Les fonctions sociales du mariage, notamment la procréation et les soins aux enfants, se sont métamorphosées encore davantage ces 30 dernières années avec la postmodernité. Ces fonctions traditionnelles ne peuvent plus, en toute logique, servir aujourd'hui à interdire aux couples de même sexe le droit de le contracter. Martha Bailey (1999, p. 138), dans un rapport produit pour la Commission du droit du Canada, va même jusqu'à suggérer l'élimination progressive du mariage civil pour le remplacer par un régime d'union libre enregistrée conférant des droits et des obligations similaires à ce qu'était auparavant l'état matrimonial, et de laisser la célébration du mariage aux organisations religieuses. C'est une proposition à laquelle nous souscrivons, mais qui nous semble réalisable seulement à long terme[2].

En attendant, le gouvernement fédéral doit agir pour éliminer la discrimination fondée sur le sexe des partenaires dans l'accès aux statuts conjugaux en accordant aux lesbiennes et aux gais le droit de se marier. Suivant le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vriend,* il est possible de prétendre que si le gouvernement fédéral refusait de légiférer pour élargir le droit au mariage aux lesbiennes et aux gais, il s'inscrirait en violation de l'article 15 de la *Charte canadienne*[3]. Si cet argument était accepté, la bataille larvée de province en province pour l'obtention du droit au mariage n'aurait plus raison d'être. Martha Bailey (1999, p. 60-61) suggère d'ailleurs qu'il serait préférable que le gouvernement fédéral édicte une telle loi plutôt que de s'en remettre encore une fois aux tribunaux. Alors que nous souscrivons à cette proposition, il nous semble toutefois important, dans le respect de la spécificité du

Québec et de la cohésion de son régime juridique, que le gouvernement fédéral n'agisse pas dans un premier temps de manière unilatérale.

On aura compris que nous ne favorisons pas la création d'un régime distinct de partenariat enregistré pour les couples de même sexe, même s'il devait offrir les mêmes droits et les mêmes obligations que le mariage. Nous considérons que la doctrine de l'égalité séparée, lorsqu'elle est appliquée aux unions de même sexe, relève de l'hétérosexisme et le cautionne à la fois. Nous avons montré au chapitre 5 que les partenariats enregistrés furent créés comme solutions de rechange au droit au mariage pour les lesbiennes et les gais. Les modèles de partenariat enregistré présentent aussi des lacunes en ce qui a trait à la reconnaissance juridique des familles biparentales gaies ou lesbiennes. Bien que le bénéfice le plus important de cette formule soit de créer une brèche dans le discours hétérosexiste dominant en matière de droit de la famille, le refus du droit au mariage perpétue néanmoins l'idée que les gais et les lesbiennes sont moins aptes à former des couples stables et des familles que les personnes hétérosexuels et hétérosexuelles (McCarthy et Radbord, 1998, p. 120; Lahey, 1999a; ÉGALE, 1999). Cette analyse est partagée largement par les lesbiennes que nous avons consultées dans le cadre de notre recherche. Pour celles-ci, la reconnaissance du droit de se marier leur accorderait un choix, mais réglerait aussi, pour quiconque veut s'en prévaloir, beaucoup de questions liées au patrimoine, à la fiscalité, à la garde et à l'adoption des enfants.

Finalement, les régimes de partenariat enregistré, s'ils étaient adoptés au Canada, varieraient nécessairement selon l'époque, le contenu et la juridiction, d'où des difficultés potentielles de reconnaissance d'une province à l'autre. L'accès au mariage, pour lequel il existe déjà des mécanismes de reconnaissance interprovinciale, éliminerait bien des complications (Bailey, 1999; Bala, 1999).

Les consultations effectuées auprès des lesbiennes révèlent la même conclusion. Une majorité de la population canadienne est aussi du même avis[4]. Si les gouvernements fédéral et provinciaux considèrent véritablement que les couples de même sexe devraient être traités avec autant de respect, de considération et de dignité que les couples de sexe opposé, ils devraient alors leur accorder le droit sans équivoque de bénéficier de la reconnaissance des mêmes statuts conjugaux. Pour réaliser l'égalité substantive, le droit de contracter mariage devrait être possible pour les couples de même sexe, comme il l'est déjà pour les autres couples.

Recommandation n° 2 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral convoque, dans un premier temps, une conférence de toutes les provinces et incite celles-ci à légiférer afin de permettre le mariage entre personnes de même sexe. Si cette étape ne peut être franchie, nous recommandons qu'il utilise son pouvoir constitutionnel et légifère pour étendre l'accès au mariage aux couples de même sexe.

6.1.3 Reconnaître des droits parentaux aux coparents de même sexe

Ces réformes législatives seraient toutefois incomplètes si elles ne touchaient pas également les droits parentaux des conjointes et conjoints de même sexe. Nous avons, somme toute, peu abordé cette question parce qu'elle ne constituait pas le sujet central de notre étude. Nous

sommes conscientes qu'une proposition de réforme en ce domaine devrait être davantage appuyée par des recherches sur les familles biparentales féminines ou masculines et sur le bien-être des enfants ayant un ou des parents homosexuels. Nous constatons cependant que le désir de donner naissance à un enfant et de fonder une famille est un désir sain et normal qui traverse toutes les orientations sexuelles. Nous constatons aussi que le fait pour un enfant d'être élevé avec un ou des parents homosexuels ne compromet pas son développement, comme en attestent les nombreuses études que Julien, Dubé et Gagnon (1994) ont recensées dans un article synthèse publié dans la *Revue québécoise de psychologie* et par les décisions récentes des tribunaux en Ontario et en Alberta.

En conséquence, nous recommandons que les provinces et les territoires étudient cette question et modifient leurs lois et les règles d'application connexes afin d'éliminer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'accès aux services d'adoption. Nous recommandons qu'ils évaluent les candidates et les candidats d'après les critères usuels des services d'adoption, qui tiennent compte de la situation personnelle et des capacités parentales. L'Ontario, la Colombie-Britannique et Terre-Neuve ont déjà réalisé cette réforme en matière d'adoption, et la Saskatchewan prépare un projet de loi à cet égard. Ce sont des pas dans la bonne direction. De plus, les provinces et les territoires canadiens devraient permettre, dans l'intérêt de l'enfant, à la conjointe d'une mère lesbienne qui est partie prenante du projet parental et qui agit dans les faits comme coparent de l'enfant, d'adopter celui-ci. Il en est de même pour le conjoint d'un père gai qui est le « père psychologique » de l'enfant. Ce droit aurait pour effet de conférer à la mère ou au père « psychologique » une autorité parentale et un lien filial. Ce droit est d'ailleurs déjà accordé en Ontario, en Alberta et en Colombie-Britannique. Suivant les recommandations de la Commission royale d'enquête sur les nouvelles technologies de la procréation, et s'appuyant sur des études déjà citées qui démontrent qu'avoir deux parents de même sexe ne nuit pas au développement psychosocial de l'enfant, nous recommandons en outre que les couples de lesbiennes qui partagent un projet parental aient accès aux services d'insémination artificielle et que la mère non-biologique puisse être enrégistrée comme coparent au moment de la naissance.

Recommandation n° 3 : Nous recommandons que les provinces et les territoires modifient leurs lois et les règles d'application connexes afin d'éliminer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pour l'accès aux services d'adoption et d'insémination artificielle. Concernant l'adoption, les candidates et candidats devraient être évalués d'après les critères usuels de la situation personnelle et des capacités parentales.

Recommandation n° 4 : Nous recommandons que dans l'intérêt de l'enfant, les provinces et les territoires modifient leurs lois sur la filiation et l'adoption afin de permettre à la conjointe d'une mère lesbienne d'être enregistrée comme parent au moment de la naissance de l'enfant. De plus, la conjointe d'une mère lesbienne ou le conjoint d'un père gai devrait avoir le droit d'adopter l'enfant de sa ou son partenaire, comme c'est déjà le cas pour les couples hétérosexuels lorsque l'enfant n'a pas déjà un deuxième parent ou lorsque l'autorité parentale de ce dernier a été déchue.

Une fois réalisées, ces quatre réformes permettraient aux couples de même sexe de bénéficier d'une égalité juridique avec les couples de sexes différents au Canada. Ces modifications

législatives ne peuvent être considérées comme irréalistes ou utopiques puisque les Pays-Bas, un pays de tradition civiliste, a déjà accompli récemment une telle réforme et que certains pays ont déjà accordé aux couples de même sexe des droits parentaux. Dans ce contexte, l'élimination de toute distinction fondée sur l'orientation sexuelle quant à l'accès aux statuts conjugaux et aux dispositions relatives à la filiation nécessite essentiellement la volonté politique d'agir en accord avec l'esprit et les principes d'égalité édictés par la *Charte canadienne*.

6.2 Repenser l'encadrement juridique de la conjugalité hors mariage

Les lesbiennes consultées dans notre étude ont exprimé une forte résistance aux règles « par défaut » qui régissent l'union de fait au Canada et qui les obligeraient à déclarer leur statut conjugal contre leur volonté. Comme nous l'avons vu au chapitre 4, une partie de leurs objections ont trait à la stigmatisation vécue par les personnes homosexuelles. Parce que les lesbiennes (et les gais) n'ont pas, en pratique, la même liberté que les personnes hétérosexuelles d'affirmer leur orientation sexuelle et leur situation conjugale sans risque de préjudices, plusieurs trouveront difficile de satisfaire cette exigence de la loi. Dans les conditions actuelles, la reconnaissance *de facto* des unions de fait de même sexe pourrait avoir comme effet, pour bon nombre de lesbiennes, d'affirmer la clandestinité de leurs relations amoureuses plutôt que d'en renforcer la légitimité. Cette situation contrecarrerait l'objectif premier des réformes législatives visant l'atteinte de l'égalité. Nous proposerons un peu plus loin une série de mesures concrètes visant à pallier certains de ces problèmes et à favoriser l'exercice du droit à l'égalité pour les couples de même sexe.

L'autre partie des objections des lesbiennes consultées concerne les obligations de soutien mutuel qu'entraîne la reconnaissance du statut de conjointe de fait. Nous avons constaté au chapitre 3 que cette reconnaissance dans des lois particulières donne lieu à des droits et à des obligations qui se traduisent en avantages et en inconvénients économiques divers. Fait préoccupant, les conjointes de même sexe les plus pauvres et les mères lesbiennes risquent de ressentir davantage les inconvénients car l'égalité, pour elles, entraînera non une amélioration de leurs conditions de vie, mais une perte de droits économiques. Cette perte, rappelons-le, s'explique par la présomption d'une dépendance financière mutuelle des conjoints qui fonde actuellement l'accès à la plupart des régimes publics de soutien du revenu. Cette mesure, calquée sur la dépendance historique des épouses dans le mariage, prive donc les personnes qui sont autonomes financièrement par rapport à leur partenaire d'une aide financière de l'État pour assurer leur survie, et ce, quelle que soit leur orientation sexuelle.

À cause de la discrimination liée au sexe et à l'orientation sexuelle dans l'emploi et des frais associés à la présence d'enfants, les lesbiennes doivent compter davantage que les gais sur les régimes publics de soutien du revenu. Nous craignons plus particulièrement que les mères lesbiennes vivant avec leur conjointe aient à choisir, comme de nombreuses femmes hétérosexuelles, entre la reconnaissance sociale de leur couple et l'intérêt financier à ne pas déclarer leur situation conjugale. Nous traiterons plus amplement de ces questions et de propositions de réformes visant à pallier ces problèmes à la section consacrée à la création d'une Commission d'enquête.

Un dilemme se pose alors pour tous les couples où les partenaires sont autonomes financièrement : soit les partenaires sont reconnus comme des conjoints et bénéficient de protections tout en perdant les avantages de certaines mesures étatiques de soutien, soit ils sont traités comme des personnes autonomes aux fins des programmes étatiques et aux fins des régimes matrimoniaux, mais se voient privés de protections en cas de rupture de la relation ou de décès de l'un des partenaires. Tout au long de cette étude, nous avons discuté de droits, mais nous sommes conscientes que ces droits comportent aussi des responsabilités. Pour cette raison, nous ne pouvons accepter que les conjointes lesbiennes, pas plus que les autres conjointes et conjoints, puissent revendiquer ce statut uniquement aux fins qui les avantageraient et le refuser aux fins qui les désavantageraient. Néanmoins, il nous semble essentiel que les valeurs telles l'autonomie et la liberté de choix — auxquelles adhèrent la population canadienne en matière de droit familial — soient respectées. L'adhésion à ces valeurs nous amène à remettre en question l'encadrement juridique actuel de la conjugalité de fait.

6.2.1 Repenser les droits et responsabilités afférents au statut de conjoint de fait

Des couples de lesbiennes de même que de nombreux couples hétérosexuels et des mères vivant en famille recomposée manifestent une insatisfaction face au régime actuel de l'union de fait, qui ne tient pas compte adéquatement des transformations de leur mode de vie familial et de la variabilité du soutien économique accordé par leur nouveau ou nouvelle partenaire. Prenant acte de ces insatisfactions, il importe de repenser le statut accordé à la conjugalité hors mariage.

Une réforme en profondeur, qui transformerait éventuellement le régime actuel, pourrait se réaliser en plusieurs étapes. À court terme, nous sommes d'avis qu'il faudrait d'abord élargir l'encadrement juridique de l'union de fait et chercher le plus possible à uniformiser les droits et responsabilités afférents à ce statut ainsi que les critères de sa reconnaissance. À l'heure actuelle, la reconnaissance de la conjugalité de fait, y compris pour les couples de sexe opposé, demeure partielle et hétérogène selon les régimes et les juridictions. Il existe en effet des distinctions importantes en matière de droits et d'obligations conférés aux personnes mariées et aux conjoints de fait que ce soit aux fins du soutien, du patrimoine, de la succession, du consentement aux soins, des contrats domestiques et, dans les régimes publics, aux fins de la fiscalité, des programmes d'assurance et d'assistance. Il nous faut réexaminer les raisons ayant motivé cette hiérarchie de droits accordés en fonction du statut marital et revoir leur pertinence en regard du choix effectué par de nombreux couples de ne pas se marier.

Au départ, il faut reconnaître que les unions de fait présentent une certaine variabilité en matière de stabilité, et que certaines résultent de la décision des partenaires de cohabiter « à l'essai ». Quant au mariage, il est, en théorie du moins, le résultat d'un choix conscient et planifié. Cette situation pourrait justifier que les droits et obligations afférents à la conjugalité de fait ne soient pas un calque de ceux accordés par le mariage. Bien qu'il soit fort probable qu'au début d'une nouvelle union, les partenaires ne pensent pas nécessairement aux conséquences d'une certaine mise en commun de leurs ressources ou à s'accorder un soutien mutuel, plus les années s'écoulent, plus les avoirs et les biens des partenaires risquent d'être combinés d'une quelconque manière et plus les attentes des partenaires face à la protection de

leurs ressources augmentent. À un certain point, ces attentes ne se distinguent pas de celles qu'entretiennent les couples qui ont contracté un mariage.

Au Québec, lors de la dernière réforme du *Code civil*, bon nombre d'acteurs, dont le Conseil sur le statut de la femme, ont conclu qu'il était préférable de maintenir les unions de fait en dehors du *Code civil* afin de respecter la liberté de choix des conjoints. Ce faisant, les couples en union de fait n'ont pu bénéficier automatiquement de certains droits tels la pension alimentaire au conjoint, le consentement aux soins en cas d'inaptitude, les règles de partage du patrimoine en cas de séparation et celles de la succession en l'absence de testament. Force est de reconnaître que cette décision du législateur a provoqué une situation incongrue puisque la conjugalité de fait est reconnue, depuis, pour les fins des programmes d'assurance, d'assistance et la fiscalité en vertu de la présomption de soutien et de la mise en commun des ressources, alors que pour les fins du droit privé, la présomption de l'indépendance des conjoints est maintenue. Cette iniquité entre le droit public et le droit privé crée une situation d'inégalité dans les faits entre les conjoints mariés et les conjoints non mariés.

Il faut également rappeler que plus de 10 années se sont maintenant écoulées depuis les travaux de la Commission chargée de la réforme du *Code civil* et que la question des droits des couples de même sexe ne figurait pas au programme à cette époque. Depuis, les mentalités ont évolué, des droits fondamentaux et constitutionnels ont été reconnus aux personnes homosexuelles et à leurs couples. Le Québec a adopté la *Loi 32*, qui reconnaît les conjoints de même sexe dans ses lois statutaires, et du même coup, il a adopté le concept de la conjugalité de fait. Or, puisque le gouvernement du Québec a décidé d'imposer un statut conjugal aux unions libres pour ce qui est du droit public, il ne peut plus prétendre que le silence du *Code civil* est légitime et justifié par la nécessité de respecter la liberté de choix des personnes qui ne veulent pas se marier. La question demeure : doit-on accorder une équivalence entre les droits et obligations des conjoints de fait et ceux des couples mariés au Québec comme ailleurs au Canada? Il est entendu, dans la démarche que nous proposons, que les couples de même sexe auraient déjà obtenu l'accès à ces deux statuts conjugaux dans toutes les provinces. À notre avis, que l'on décide de maintenir ou non une distinction entre les droits et obligations conférés aux uns et aux autres, cette question mérite un examen approfondi et une discussion publique dans le cadre de laquelle une place importante devrait être faite aux organisations gaies et lesbiennes du pays.

Comme nous l'avons mentionné au chapitre 2, le critère de la cohabitation a été considéré comme essentiel à la définition juridique de l'union de fait. La durée minimale de cohabitation requise actuellement pour bénéficier de ce statut varie selon les régimes et selon les juridictions, mais règle générale, elle se situe entre un an et trois ans. Avec le projet de loi C-23, le gouvernement fédéral a uniformisé ce critère dans toutes ses lois en exigeant une durée minimale d'un an de cohabitation. Cette condition nous semble raisonnable en ce qui a trait aux programmes étatiques. Toutefois, l'exigence d'une période plus longue de cohabitation pour l'ensemble des régimes de droit privé et de droit public (par exemple une durée minimale de trois ans de cohabitation) pourrait mieux tenir compte de l'engagement forcément plus précaire des couples qui cohabitent à l'essai. Cependant, quelle que soit la durée de la cohabitation que les gouvernements retiendront pour définir la

conjugalité de fait, il est souhaitable que ce critère soit le même dans toutes les lois, les provinces, les territoires et l'échelon fédéral. Cet arrimage exigera une initiative de la part du gouvernement fédéral afin que les provinces et le fédéral négocient une entente visant à uniformiser la définition juridique de l'union de fait et le contenu des droits et obligations afférents. Ceci dit, cette uniformité souhaitée risque de se heurter à l'asymétrie historique du cadre juridique canadien en matière de droit privé lequel est régi par la common law et le *Code civil du Québec*.

Recommandation n° 5 : Nous recommandons que les gouvernements fédéral et provinciaux entreprennent dans les plus brefs délais une réforme des lois régissant les droits et obligations afférents au statut de conjoint de fait ainsi que des critères pour la reconnaissance de ce statut, sans établir de distinction quant au sexe des partenaires. Des modifications devront être apportées aux régimes privés et publics ainsi qu'aux questions particulières telles que le consentement aux soins en cas d'inaptitude et la succession sans testament. Ce faisant, les gouvernements, y compris celui du Québec, devront déployer tous les efforts nécessaires pour s'entendre sur la définition de la conjugalité de fait et d'assurer le plus possible l'uniformité entre les programmes d'une part et les juridictions d'autre part.

6.2.2 Assouplir le principe de la reconnaissance *de facto* des conjoints

Considérant que la conjugalité de fait est un statut imposé à ceux et celles qui cohabitent et qui répondent à certains autres critères, et que ce statut par défaut contrevient à la liberté de choix, une question se pose : quelle est la forme d'encadrement juridique à privilégier pour respecter cette liberté de choix? Devrait-on opter pour une inclusion volontaire (*l'opting in*) ou une exclusion volontaire (*l'opting out*) des partenaires d'un régime d'union de fait?

Nous avons déjà souligné au chapitre 2 du présent rapport que la Commission de la réforme du droit de la Nouvelle-Écosse a discuté de cette question dans le cadre de son examen des modalités par lesquelles des personnes vivant en union libre pouvaient s'inscrire ou se faire inscrire dans les régimes régissant les biens matrimoniaux. L'exclusion volontaire est, rappelons-le, le mécanisme privilégié par la Commission pour respecter l'autonomie et la liberté de choix des partenaires non mariés. De l'avis de la Commission, bon nombre de personnes seraient ignorantes des conséquences juridiques de leur union hors mariage et en prendraient connaissance, à leurs dépens, au moment de la dissolution du couple. La Commission conclut que la formule d'inclusion volontaire des conjoints aux régimes matrimoniaux serait fondée sur une fausse prémisse d'autonomie. C'est aussi la conclusion à laquelle souscrit la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Miron* c. *Trudel*[5] lorsqu'elle affirme que l'union libre n'est pas nécessairement le choix des deux partenaires (dans le cas des couples de sexe opposé), mais peut résulter du choix d'un seul partenaire et de l'exploitation de l'autre[6].

Selon la Commission, le mécanisme d'exclusion volontaire a le mérite de protéger la partie la plus vulnérable du couple et d'inciter les conjoints à étudier plus attentivement les conséquences financières de leur union. De plus, il permet à ces couples d'éviter le vide juridique et d'être traités comme les personnes mariées qui ont, elles aussi, le droit de se soustraire du régime de droit familial privé en concluant un contrat domestique. Notons toutefois que la Commission néo-écossaise n'a pas examiné l'interaction entre le droit familial

privé et les régimes publics, en l'occurrence la fiscalité et les programmes publics de soutien du revenu. Or, si un couple décide de s'exclure de l'application du régime privé, par exemple du partage du patrimoine familial ou du soutien alimentaire, il ne s'ensuit pas que les régimes d'assistance les traiteront comme des célibataires.

On pourrait être tenté de croire que l'élargissement du droit au mariage sans distinction fondée sur le sexe des partenaires résoudrait ce dilemme pour les couples de lesbiennes et de gais. En se mariant, les partenaires s'incluent volontairement, alors qu'en s'abstenant de se marier, ils s'excluent volontairement. Par contre, cette solution ne prend pas en compte le fait que certaines personnes choisiront de ne pas se marier en raison de croyances personnelles ou fondamentales, telles que des motifs religieux ou de conscience. Bon nombre de lesbiennes (et de gais) refuseront le mariage parce qu'elles (et ils) jugent cette institution patriarcale, comme de nombreuses femmes hétérosexuelles qui l'ont déserté en choisissant de vivre en union de fait. Par conséquent, la libéralisation du mariage ne saurait suffire à résoudre ce dilemme.

À notre avis, le principe de la liberté de choix ne peut à lui seul être invoqué pour répondre à cette question. Il faut aussi prendre en considération la protection des personnes vulnérables et ainsi reconnaître que toutes les relations conjugales entre personnes de sexe opposé ou de même sexe ne sont pas aussi égalitaires qu'on pourrait le souhaiter. Ce fait nous incite à favoriser l'exclusion volontaire (*opting out*) d'un régime d'union de fait. Cela exige évidemment que les deux partenaires du couple soient d'accord sur ce choix. Il ne faut pas oublier que très peu de couples hétérosexuels vivant en union de fait se prévalent de l'occasion de conclure un contrat domestique alors qu'ils en sont autorisés par les lois portant sur les biens matrimoniaux. Il y a fort à parier que les couples de lesbiennes et de gais ne se protégeront pas mieux en cas de décès de l'un des partenaires ou de rupture de l'union. La négligence aidant, nombreux seront les couples qui remettront à plus tard l'inscription de leur adhésion à un régime d'union de fait de sorte qu'au moment de la dissolution, ils se retrouveront sans protection. L'option du retrait volontaire a le mérite de fournir certaines protections en l'absence d'un geste concret du couple. La nécessité de protéger les personnes vulnérables comprend également la protection des enfants. Par conséquent, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, le retrait volontaire ne devrait pas avoir d'effets juridiques sur les responsabilités et les droits parentaux.

Par ailleurs, si nous respectons l'autonomie des parties et la liberté de choix, il serait logique que les couples qui décident de ne pas se marier et de se retirer du régime d'union de fait ne pourraient donc pas bénéficier d'aucun des droits, des avantages et des obligations découlant de ces statuts conjugaux. Ils ne pourraient, par exemple, recevoir l'Allocation au conjoint puisqu'il n'y aurait pas de présomption de secours et de soutien mutuels. Cependant, certains droits et obligations pourraient être accordés aux partenaires qui se sont exclus du régime d'union de fait, comme le maintien dans le lieu de résidence et la propriété des biens, afin de protéger les parties vulnérables. Ces droits et ces obligations minimaux pourraient être offerts également à tous les cohabitants.

Tout en voulant respecter l'autonomie des parties et la liberté de choix, on doit reconnaître que du point de vue de l'équité et de la justice sociale, cette liberté individuelle ne peut

s'exercer à la carte : tous ceux et celles qui choisissent un statut devraient avoir les mêmes avantages et désavantages. Ainsi, que l'on privilégie l'option de l'inclusion volontaire ou celle de l'exclusion volontaire, un registre central canadien devrait être établi. En enregistrant, d'un commun accord, son retrait du régime de l'union de fait, les partenaires d'un couple, qu'il soit de même sexe ou de sexe opposé, donneraient ainsi avis de leur statut à toutes les instances concernées, que ce soit aux agences gouvernementales chargées de l'administration de la fiscalité, des programmes d'assurance ou d'assistance, ou aux tribunaux qui seraient appelés à trancher des questions de litige concernant les biens matrimoniaux, la succession ou la pension alimentaire, ou encore à des entreprises privées oeuvrant dans les domaines de l'assurance ou des régimes de retraite.

Puisqu'un des objectifs de l'enregistrement du retrait veut que l'on ne change pas de statut au gré des avantages et des désavantages, on pourrait être tenté de rendre ce retrait irrévocable pour toute la durée de la relation. Or, l'imposition de cette condition ne tiendrait pas compte de la fluidité observée des modes de vie conjugale. Les relations conjugales évoluent avec le temps, au gré notamment de la venue d'enfants, de l'avènement de maladies ou d'accidents, des conditions économiques fluctuantes des partenaires et de la stabilité de la relation. C'est pourquoi il nous semble opportun que le couple ait à des intervalles réguliers la possibilité d'annuler son retrait. Cet intervalle pourrait être d'une durée de quatre ou cinq ans, par exemple. Malgré certaines imprécisions, le modèle que nous suggérons a le mérite de ne pas fixer définitivement l'encadrement juridique de la relation conjugale tout en assurant que les changements de statut ne soient pas réalisés à la carte, en fonction des avantages et des désavantages ponctuels qu'il comporte.

Recommandation n° 6 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires établissent un registre central de retrait du régime de l'union de fait. Ce mécanisme centralisé permettrait aux conjoints de sexe opposé ou de même sexe désirant vivre en union libre d'inscrire leur volonté commune de se soustraire au statut de conjoint. Cet acte d'exclusion du régime aurait pour effet d'enlever aux parties les obligations et les avantages liés à la conjugalité de fait, que ce soit en vertu du droit privé, de la fiscalité, des programmes d'assistance, d'assurance ou de soutien du revenu, pour une période déterminée. Par contre, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, cette exclusion n'aurait pas d'effet juridique sur les responsabilités et les droits parentaux.

Au terme des réformes visant à éliminer la discrimination fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle des partenaires, les couples de même sexe ou de sexe opposé auraient le choix entre une union sans reconnaissance officielle, un régime d'union de fait duquel ils pourraient s'exclure par enregistrement et un régime matrimonial.

6.3 Contrer la stigmatisation par des actions positives

Les consultations menées auprès de groupes de lesbiennes ont clairement démontré l'insuffisance de l'approche de l'égalité formelle. Même si les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux éliminaient dans leurs lois la discrimination à l'endroit des couples de même sexe, beaucoup de répondantes lesbiennes ont affirmé qu'elles continueraient à

cacher leur situation conjugale à l'État et à leur employeur par crainte de préjudices. Rappelons également que nos répondantes sont engagées auprès de leur communauté, qu'il ne s'agit pas de lesbiennes vulnérables ou isolées. Cette attitude aurait été encore plus répandue si nous avions consulté des lesbiennes moins affirmées personnellement ou moins engagées socialement ou encore des lesbiennes âgées, autochtones ou issues de communautés ethnoculturelles minoritaires, des lesbiennes vivant en milieu rural ou éloigné, bref des lesbiennes confrontées à des milieux plus traditionnels, voire plus homophobes.

Si le gouvernement fédéral s'engage dans la voie de l'égalité formelle, il n'aura accompli en fait qu'une partie de l'objectif visé. L'hétérosexisme institutionnel et l'homophobie semblent à ce point omniprésents qu'une majorité de lesbiennes préféreraient ne pas profiter des avantages de la reconnaissance de leur statut conjugal si celle-ci entraîne un dévoilement obligé de leur orientation sexuelle. Or, à quoi sert un droit si l'on ne peut l'exercer? À quoi auront servi plus de 20 ans de lutte pour le droit à l'égalité des couples de même sexe[7] si les résultats obtenus bénéficient seulement à une minorité de couples qui profitaient déjà d'une certaine reconnaissance de leur entourage?

Nous savons comment la clandestinité ou le mensonge sont des stratégies qui freinent le plein épanouissement des lesbiennes. Nous croyons que les gouvernements fédéral et provinciaux peuvent s'engager activement pour changer cette situation et offrir une égalité véritable en instaurant d'entrée de jeu un climat de confiance. Toutefois, il nous faut prendre en considération le rôle historique de l'État canadien dans la criminalisation de l'homosexualité, sans oublier les résistances farouches de certaines instances à éliminer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, bien que la *Charte canadienne* l'interdisait. Ces pratiques, et les discours qui les ont accompagnées, ont miné pendant des décennies la confiance des lesbiennes et des gais envers l'État et les services gouvernementaux. Aux yeux de nombreuses lesbiennes consultées, le gouvernement fédéral n'apparaît pas comme un allié dans la lutte pour l'obtention d'un traitement juste et équitable. Il leur semble plutôt un adversaire et un partisan de l'hétérosexisme institutionnalisé qui est plus proche du discours homophobe de la droite que de celui de la gauche néo-démocrate.

Certes, sur le plan individuel, des lesbiennes ont pu développer une vision positive du rôle de l'État canadien dans la bataille pour l'égalité. À notre avis, le manque de confiance se situe davantage sur le plan collectif. Il se manifeste, entre autres, par la crainte de voir se constituer un fichier des personnes homosexuelles au Canada, par la perception négative de la capacité d'adaptation des services gouvernementaux et à cause de l'absence d'information sur leurs nouveaux droits comme conjointes au Québec, en Ontario et au niveau fédéral. Selon nos observations, de nombreuses lesbiennes considèrent que les services gouvernementaux ne sont pas adaptés à leurs réalités et à leurs besoins de sécurité, notamment en ce qui a trait à la confidentialité des renseignements personnels.

Comment corriger cette situation? Comment le gouvernement canadien peut-il réussir à établir une relation de confiance avec les communautés lesbiennes et gaies du pays? Le défi nous semble particulièrement difficile à relever car cette relation n'a jamais été véritablement créée. En effet, même lors des discussions parlementaires récentes entourant le projet de loi

C-23, le gouvernement fédéral s'est peu prononcé en faveur de l'égalité pour les couples de même sexe. Craignant de contrarier les électeurs plus traditionnels et de perdre leur appui, il a préféré en dire le moins possible sur la portée du projet de loi et user plutôt d'équivoques. Les médias ont donc davantage rapporté les propos homophobes des députés réformistes et des organisations de droite que les arguments du gouvernement en faveur de l'égalité pour les couples de même sexe. En ne prenant pas clairement la défense des droits des lesbiennes et des gais, le gouvernement fédéral a envoyé des messages ambivalents qui, en définitive, ont cautionné silencieusement l'homophobie. Plutôt que de chercher à camoufler son appui à l'adoption du projet de loi C-23, il aurait dû célébrer ouvertement cette victoire qui témoigne de l'attachement d'une majorité de la population canadienne aux valeurs d'égalité et de justice sociale, y compris pour les personnes homosexuelles.

Créer la confiance qui permettrait aux lesbiennes d'identifier leur statut conjugal sans risque de préjudice requiert des actions à plusieurs niveaux. Ainsi, le gouvernement fédéral doit appuyer publiquement l'égalité pour les lesbiennes et les gais, mais, plus encore, il doit témoigner de sa solidarité avec cette minorité dans sa lutte pour contrer la discrimination. En prenant position contre l'hétérosexisme institutionnalisé dans leurs politiques sociales, en accordant aux lesbiennes et aux gais un traitement équitable, le gouvernement fédéral et les provinces peuvent contribuer à transformer la méfiance qui prévaut chez ces communautés.

Le gouvernement fédéral devrait aussi rassurer les communautés lesbiennes et gaies de son intention de ne pas créer de fichier centralisé des personnes homosexuelles. En effet, tous les groupes rencontrés ont dit craindre qu'advenant la prise de pouvoir d'un parti de droite au Canada, le gouvernement se serve d'un tel fichier pour suspendre les droits et les libertés fondamentaux des citoyennes et citoyens homosexuels du pays. Cette peur est réelle. Notre recommandation peut paraître ridicule aux yeux de certains décideurs, mais l'histoire du nazisme en Europe et, plus près de nous, le traitement des personnes homosexuelles dans l'armée canadienne et la fonction publique fédérale durant les années 1950 et 1960 donnent malheureusement raison aux sceptiques (Kinsman et Gentile, 1998). Le gouvernement canadien a donc intérêt à ne pas minimiser les effets traumatisants d'un siècle de répression des personnes homosexuelles s'il veut que les gais et les lesbiennes respectent les lois exigeant la déclaration du statut conjugal.

De plus, le gouvernement fédéral devrait prendre les mesures nécessaires pour faire respecter la confidentialité des renseignements personnels quant à l'orientation sexuelle et pour en informer les communautés gaies et lesbiennes. Cette recommandation est un des éléments clés qui rassureraient les lesbiennes et les gais, et les encourageraient à exercer leurs droits. Le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires doivent jouer un rôle de chef de file en ce domaine et assurer que les employeurs et les assureurs respectent aussi les règles de confidentialité. Les fonctionnaires des ministères et des organismes gouvernementaux chargés d'appliquer les changements législatifs visant la reconnaissance juridique des couples de même sexe doivent recevoir une formation adéquate sur l'hétérosexisme et les réalités gaies et lesbiennes pour mieux desservir cette nouvelle clientèle.

Recommandation n° 7 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires rappellent, par une directive, l'obligation de confidentialité des renseignements à leurs fonctionnaires, aux organismes gouvernementaux, aux employeurs, aux compagnies d'assurance et à d'autres organismes chargés d'appliquer les changements législatifs visant la reconnaissance juridique des couples de même sexe. Si, de manière répétée, des violations de la confidentialité sont constatées, le gouvernement fédéral et les provinces devraient modifier leurs lois sur la confidentialité des renseignements personnels afin de prévoir des amendes importantes pour quiconque ne respecte pas strictement ces lois.

Recommandation n° 8 : Nous recommandons que les fonctionnaires des ministères et des organismes gouvernementaux chargés d'appliquer les changements législatifs visant la reconnaissance juridique des couples de même sexe reçoivent une formation adéquate sur l'hétérosexisme et les réalités gaies et lesbiennes pour mieux desservir cette nouvelle clientèle. Les fonctionnaires devraient agir avec souplesse, discrétion et discernement dans l'application des nouvelles dispositions de manière à ne pas heurter les lesbiennes et les gais, car la divulgation de l'orientation sexuelle peut parfois causer des préjudices.

Longtemps exclus des lois qui régissent la conjugalité et la famille, les lesbiennes et les gais ont appris à peu se soucier d'elles. Dans la foulée des changements législatifs actuels et futurs, il importe que les gouvernements fédéral et provinciaux financent la production et la diffusion de matériel pour renseigner les lesbiennes et les gais sur leurs nouveaux droits.

Recommandation n° 9 : Nous recommandons que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux subventionnent la production et la diffusion de matériel promotionnel et organisent des séances d'information afin de renseigner les lesbiennes et les gais sur leurs nouveaux droits et de les inciter à les exercer. La conception de ces séances et de ce matériel devrait se faire en partenariat avec les organisations lesbiennes et gaies. Son financement devrait être suffisant pour permettre l'organisation de séances adaptées notamment en fonction du sexe, de l'origine ethnique ou autochtone, de la langue, de la province et du milieu rural ou urbain.

« Avoir plus de droits ne signifie pas que les gens cesseront d'avoir des préjugés », soulignait avec justesse une répondante lesbienne. Par conséquent, il importe que le gouvernement fédéral mette aussi en oeuvre une vaste campagne d'éducation populaire pour contrer l'homophobie, tout comme il l'a fait efficacement pour contrer le tabagisme. Il revient, en effet, au gouvernement fédéral qui est responsable de l'application de la *Charte canadienne* d'amorcer une campagne médiatique de sensibilisation aux effets de l'homophobie et de la discrimination dans le milieu de travail et l'accès aux services publics.

Recommandation n° 10 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral mette en oeuvre une campagne médiatique d'éducation populaire visant à contrer l'homophobie et la discrimination envers les lesbiennes, les gais et leurs couples dans le milieu de travail et dans l'accès aux services publics.

Soulignons que les provinces et les territoires qui n'ont pas encore entrepris de démarches significatives afin de réformer leurs lois sur la famille forcent en quelque sorte les lesbiennes et les gais à engager des contestations judiciaires. Dans cette perspective, la discrimination devra être contrée province par province, loi par loi. Or, le gaspillage de fonds publics pour défendre des lois discriminatoires ne peut être raisonnablement justifié par la nécessité d'apaiser la droite homophobe dont les rangs se font de plus en plus minces. Plus les gouvernements tarderont à corriger les lois, plus les lesbiennes et les gais seront justifiés de réclamer des dommages punitifs ainsi que le remboursement par l'État des dépenses subies.

Recommandation n° 11 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral élargisse, par dérogation, les critères d'application du Programme de contestation judiciaire afin de fournir aux organisations de lesbiennes et de gais les moyens financiers nécessaires pour contester les lois discriminatoires des provinces qui n'auront pas modifié leurs lois portant sur la famille.

Finalement, de nombreuses répondantes ont répété avec insistance que la question de l'égalité pour les lesbiennes et les gais ne devrait pas se borner au domaine législatif. L'ensemble des propositions formulées jusqu'à présent devrait être considéré comme le prélude d'une action gouvernementale plus vaste visant à réviser les politiques sociales et les orientations ministérielles afin d'éliminer toute trace de discrimination et d'exclusion des personnes homosexuelles.

Recommandation n° 12 : Afin d'assurer aux lesbiennes et aux gais le droit à l'égalité et à un traitement équitable dans tous les domaines de compétence fédérale, nous recommandons que le gouvernement fédéral ne limite pas son intervention au domaine législatif, mais révise ses politiques sociales et ses orientations ministérielles afin d'éliminer toute trace de discrimination et d'exclusion des personnes homosexuelles.

En somme, ces recommandations n'entraînent pas des coûts exorbitants pour le gouvernement fédéral, les provinces ou les territoires. Toutefois, leur mise en oeuvre pourrait transformer radicalement la méfiance des lesbiennes envers l'État. C'est pourquoi, au terme de notre étude, ces recommandations nous paraissent indispensables à la réalisation d'une égalité véritable pour les couples de même sexe au Canada. Il ne manque que la volonté politique des décideurs pour les mettre en oeuvre rapidement.

6.4 Une Commission d'enquête pour une réforme en profondeur

Après avoir éliminé la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle quant à l'accès aux statuts conjugaux et modifié l'encadrement juridique des conjugalités hors mariage afin de respecter la liberté de choix, nous recommandons au gouvernement fédéral et aux provinces d'entreprendre, dans un troisième temps, une analyse approfondie de la place de la conjugalité dans leurs programmes d'assistance et d'assurance sociales, et dans le régime fiscal canadien. Cet examen pourrait être confié à une Commission d'enquête dont le mandat serait de réviser les objectifs et les critères d'accès des programmes canadiens de soutien du revenu et de certaines dispositions du régime fiscal afin de les adapter à la diversité des modes de vie domestique et à la fluidité des statuts conjugaux et familiaux.

Trente ans après la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, il est grand temps que le gouvernement fédéral examine attentivement les transformations de la conjugalité et de la famille ainsi que leur impact en droit privé et sur l'accès aux programmes de soutien du revenu et la fiscalité. La Commission Bird, du nom de sa présidente, soulignait à l'époque comment les épouses assumaient presque entièrement les responsabilités familiales et comment ce rôle contribuait le plus souvent à les maintenir dans un état de dépendance par rapport à leurs maris. La Commission recommandait l'égalité la plus stricte entre les conjoints, tout en reconnaissant que celle-ci reposait sur l'autonomie financière. S'inscrivant dans la continuité de cette recommandation, la Commission d'enquête proposée pourrait s'inspirer de valeurs telles que l'autonomie des partenaires, la liberté de choix, le soutien mutuel, la protection des personnes vulnérables, l'équité entre les ménages et l'égalité entre conjoints de sexe opposé et de même sexe.

Pourquoi proposer une mesure d'une telle ampleur? Nous avons montré au chapitre 3 que de nombreux programmes dont l'accès se fonde sur le critère du statut conjugal sont, de façon inhérente, discriminatoires. À l'origine, ces programmes étaient destinés à soutenir le mariage et la famille; ils avaient, entre autres objectifs, de promouvoir la reproduction et de protéger financièrement les enfants. Or, de plus en plus, il n'y a pas de lien entre le fait d'avoir un conjoint et celui d'être parent. D'une part, de nombreux couples n'ont pas d'enfant et n'en auront jamais. D'autre part, un nombre impressionnant de parents vivent seuls ou avec un conjoint ou une conjointe qui n'assume pas un rôle parental auprès de leurs enfants. Partant de cette situation, pourquoi accorde-t-on encore certains privilèges, comme une rente de conjoint survivant aux premiers, alors qu'il n'existe aucun supplément aux revenus de la retraite pour les personnes qui ont élevé des enfants? Pourquoi refuse-t-on un soutien financier à la mère dont le nouveau ou la nouvelle partenaire n'assume aucuns frais économiques associés à la subsistance et au bien-être de l'enfant?

Les iniquités dues à l'association fallacieuse entre conjugalité et parentalité dans la fiscalité et les programmes de soutien du revenu deviennent encore plus évidentes lorsque l'on considère la situation des couples de même sexe. En effet, les couples de lesbiennes et de gais connaissent une plus grande égalité en fait de division des tâches domestiques et d'autonomie financière des partenaires. Ces couples vivent aussi moins souvent en contexte familial et, lorsque c'est le cas, ils vivent le plus souvent en familles recomposées sans lien de dépendance financière entre conjoints. Les partenaires de ces couples se voient imposer des obligations de soutien financier issues d'un modèle conjugal foncièrement inégalitaire où un partenaire délègue ses responsabilités familiales en échange de la capacité, fort variable, d'offrir un soutien matériel et économique à la famille. Cette relation d'inégalité et de dépendance ne correspond pas à la majorité des arrangements domestiques des couples de même sexe[8].

Devant ces faits, les gouvernements devraient cesser, à notre avis, d'accorder ou de retirer des avantages en fonction du statut conjugal. Toutefois, comme nous l'avons mentionné au début de ce chapitre, il ne nous appartient pas de définir les modalités de cette réforme globale des régimes publics. Cette réforme exige un débat social qui ne saurait se dérouler en vase clos.

Recommandation n° 13 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral constitue une Commission d'enquête sur les transformations du couple et de la famille et leurs effets sur l'accès aux politiques sociales canadiennes. La Commission aurait un double mandat :

- entreprendre une analyse approfondie des régimes conjugaux tant en droit privé que dans les programmes de soutien du revenu et dans le régime fiscal canadien;
- proposer des réformes quant aux objectifs et aux critères d'accès à ces régimes publics afin de les adapter à la diversité des modes de vie domestique et à la fluidité des statuts conjugaux et familiaux.

Dans le cadre de cette démarche, la Commission devrait consulter l'ensemble de la population canadienne, tout en réservant une place particulière aux organisations féministes et aux communautés lesbiennes et gaies.

Nous nous permettons par contre de suggérer des questions et des pistes d'intervention qui pourraient guider le gouvernement dans l'élaboration de ces réformes. Vu la complexité de la problématique, cette liste est loin d'être exhaustive. Nous avons regroupé ces questions autour de trois considérations : l'élargissement de l'accès aux programmes sur une base individuelle et universelle; la protection des enfants et des personnes à charge, et le soutien aux personnes qui en prennent soin; et le réexamen des objectifs de la reconnaissance des conjoints dans les programmes et l'adoption de mesures permettant d'atteindre ces objectifs.

6.4.1 L'élargissement de l'accès aux programmes sur une base individuelle et universelle
Un programme universel s'adresse, par définition, à tous peu importe leur orientation sexuelle et leur statut conjugal ou familial. Il traduit l'idée que tous les membres de la société sont égaux et ont droit à certains services et programmes nécessaires à leur santé, à leur bien-être et à leur épanouissement. Il reflète un principe de solidarité sociale entre toutes les composantes de la population.

Depuis l'instauration des programmes d'assurance-maladie et d'assurance-hospitalisation dans les années 1960, le Canada considère l'accès universel et gratuit à ces programmes comme un droit humain fondamental. On reconnaît qu'il coûte plus cher de s'occuper des personnes dont l'état de santé s'est détérioré que de faire de la prévention. Cependant, certains services ne sont pas couverts actuellement par le régime public ou le sont dans certaines provinces seulement. De plus, certains services de santé[9] ne sont offerts gratuitement qu'à certaines catégories de personnes (enfants, personnes âgées, bénéficiaires de l'aide sociale, etc.). Par ailleurs, des personnes, ainsi que leurs conjoints ou conjointes et leurs enfants, ont droit à plus de services parce qu'elles ont un régime d'assurance-maladie privé. Plutôt que de chercher à renforcer le caractère universel du système de santé en élargissant la portée des régimes publics, le gouvernement fédéral et les provinces ont entrepris un mouvement de privatisation. Les déficits des divers échelons de gouvernement ont servi de légitimation à ce mouvement. Or, on sait qu'aux États-Unis, seul pays industrialisé sans régime public d'assurance-maladie, le système de santé coûte beaucoup plus cher qu'au Canada, malgré le fait qu'environ 15 p. 100 de la population n'y a pas accès[10].

Nous croyons qu'il faut renverser la vapeur et élargir plutôt l'accès aux programmes sociaux sur une base individuelle et universelle afin de combattre la pauvreté, mais aussi de respecter la liberté de choix en matière conjugale et l'autonomie des partenaires. Nous traiterons à titre illustratif des programmes d'aide financière aux étudiantes et étudiants, de certains crédits d'impôt, de l'Allocation au conjoint et du Régime de pensions du Canada.

Reconnaissant l'importance de l'instruction dans une économie moderne, les gouvernements multiplient les programmes pour aider les jeunes et les adultes à poursuivre leurs études. Cependant, une personne mariée ou vivant en union de fait peut devenir inadmissible au programme de prêts et bourses si le revenu de son conjoint ou sa conjointe est trop élevé. Si ce conjoint ou cette conjointe ne veut pas partager les frais afférents, cette personne se retrouve incapable de retourner aux études. Ne devrions-nous pas permettre à chacun de décider d'étudier et d'en assumer les conséquences financières sans devoir demander un soutien financier à son conjoint ou sa conjointe? Jusqu'où doit aller la présomption de solidarité financière entre conjoints?

Par ailleurs, plusieurs avantages fiscaux liés aux besoins essentiels sont transférables au conjoint ou à la conjointe lorsqu'une personne n'a pas assez de revenu pour en profiter elle-même. Il s'agit notamment des crédits d'impôt pour conjoint en raison de l'âge ou d'une déficience, pour frais de scolarité, pour études et pour un revenu de pension. On pourrait permettre à chacun de bénéficier des mesures fiscales qui lui sont destinées en transformant ces crédits non remboursables en crédits d'impôt remboursables. Le coût pour les gouvernements serait relativement minime parce que la plupart des adultes reçoivent déjà la valeur de ces crédits directement, sous forme d'une réduction d'impôt, ou indirectement, lorsque cette réduction d'impôt va au conjoint. Les célibataires qui gagnent un revenu trop faible pour bénéficier de ces crédits sont généralement admissibles à un programme d'assistance comme l'aide sociale, l'aide aux étudiants ou le Supplément de revenu garanti et elles reçoivent donc l'équivalent de la valeur de ces crédits par d'autres mécanismes. Encore une fois, pourquoi ne pas favoriser l'autonomie personnelle plutôt que l'enrichissement du conjoint?

De plus en plus de personnes prennent leur retraite avant 65 ans, en grande partie à cause du chômage élevé et de la tendance des entreprises à restreindre au minimum leur main-d'oeuvre. En 1927, le gouvernement fédéral a créé un programme d'assistance pour les personnes âgées d'au moins 70 ans et vivant dans l'indigence. En 1951, l'âge permettant d'accéder au programme a été ramené à 65 ans. Le programme d'Allocation au conjoint représente une première brèche pour les personnes pauvres de 60 à 64 ans, il n'est offert toutefois qu'à certaines personnes en fonction du besoin, mais aussi du statut conjugal. Ne devrait-on pas élargir ce régime à toute personne de 60 à 64 ans dans le besoin, peu importe son statut conjugal? Étant donné la diversité des modes de vie domestique, pourquoi les personnes vivant en couple devraient-elles être privilégiées par rapport aux mères sans alliance qui ont sacrifié antérieurement une partie de leur revenu pour élever leurs enfants? Qui veut-on protéger par le programme actuel?

Très peu de Canadiennes et de Canadiens sont couverts par un régime de pension agréé pendant assez longtemps pour pouvoir maintenir leur niveau de vie après leur retraite. Les

mesures fiscales visant à encourager l'épargne au moyen d'un REÉR bénéficient surtout aux contribuables les plus riches. Par conséquent, un nombre élevé de personnes à revenu moyen ou modeste se retrouvent démunies durant leur vieillesse. La pauvreté est particulièrement élevée chez les femmes hétérosexuelles âgées vivant seules parce qu'elles ne peuvent plus compter sur le revenu d'un conjoint alors qu'elles avaient organisé leur vie autour de ce modèle. Quant aux lesbiennes âgées, c'est surtout leur situation sur le marché du travail qui les pénalise au moment de la retraite, à l'instar des femmes hétérosexuelles qui ont été salariées. Afin de réduire la pauvreté chez l'ensemble des personnes âgées, ne devrait-on pas plutôt chercher à renforcer les régimes publics de retraite, notamment le RPC et le RRQ, et les régimes de base comme la pension de Sécurité de la vieillesse et le Supplément de revenu garanti? Ces régimes couvrent l'ensemble de la population, indépendamment du statut marital et de la capacité d'un employeur particulier à offrir un régime complémentaire de retraite.

6.4.2 La protection des enfants et des personnes à charge, et le soutien aux personnes qui en prennent soin

Au chapitre 3, nous avons vu que plusieurs régimes de soutien du revenu et mesures fiscales comportent une subvention du gouvernement, d'un employeur ou d'autres cotisants. Certaines de ces subventions visent les enfants et d'autres, les conjoints des participants aux régimes. Il importe que le gouvernement fédéral améliore son soutien aux enfants et aux personnes qui font un travail socialement utile en leur donnant des soins. Les enfants sont réellement dépendants et les familles avec enfants ont des besoins essentiels plus élevés que les personnes seules ou les couples sans enfant. De plus, les enfants représentent une valeur porteuse d'avenir pour la société. Il est donc normal que la société contribue à leur bien-être.

Historiquement, les subventions aux conjoints, notamment les rentes de conjoint survivant[11] visaient les personnes, surtout les femmes, qui avaient renoncé à un revenu et à leur capacité d'épargner pour la retraite afin de s'occuper des enfants et de leur mari en retour du soutien financier de ce dernier. Cependant, comme nous l'avons vu, la conjugalité est un critère très imparfait pour mesurer le temps consacré à l'éducation et aux soins des enfants. Certains couples qui acquièrent le droit aux rentes de conjoint survivant n'ont jamais eu d'enfants, alors que les responsables de famille monoparentale, qui ont probablement investi le plus d'énergie, n'y ont pas droit. De plus, avec le vieillissement de la population et la réduction des services publics, de plus en plus de femmes sacrifient un revenu pour s'occuper de parents âgés ou d'autres adultes malades, handicapés ou en perte d'autonomie. Ces activités non rémunérées constituent une contribution importante pour le bien-être de la société.

Quels types de mesures pourraient le mieux soutenir les vraies personnes à charge et les personnes qui s'en occupent plutôt que d'accorder aussi une subvention déguisée aux soins fournis au mari pourvoyeur? Une première mesure serait de restaurer les allocations familiales universelles, ce qui permettrait de reconnaître les besoins essentiels de tous les enfants, quel que soit le revenu de leurs parents. Il faudrait, cependant, maintenir une allocation additionnelle pour les familles les plus pauvres; celle-ci devrait refléter le coût réel des soins aux enfants et correspondre au moins au seuil de pauvreté. Le gouvernement pourrait aussi renforcer les mécanismes de perception des pensions alimentaires pour les enfants et abolir les mesures fiscales qui tiennent le nouveau conjoint du parent qui en a la garde financièrement responsable

d'eux. Présumer qu'une personne a accepté la responsabilité financière d'un enfant parce qu'elle a établi une relation conjugale avec la mère ou le père n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

Enfin, une autre mesure à explorer pourrait être de remplacer la rente de conjoint survivant dans les régimes d'assurance sociale par une rente d'orphelin plus généreuse. On devrait aussi envisager une contribution publique à des crédits de rente au RPC ou au RRQ pour les personnes qui prennent soin de leurs enfants en bas âge à temps partiel ou à temps plein. Cependant, une rente de conjoint survivant temporaire pourrait permettre l'adaptation à la nouvelle situation après le décès d'un conjoint ou d'une conjointe.

Quant aux personnes qui prennent soin de parents ou d'autres adultes malades, handicapés ou en perte d'autonomie, on pourrait songer à leur accorder un salaire accompagné de tous les avantages (cotisations à l'assurance-emploi, au RPC ou au RRQ, assurances pour les accidents et maladies professionnelles, etc.). Après tout, si ces personnes n'assumaient pas ce travail volontairement, l'État serait obligé d'offrir des services à domicile ou en institution. Il faudrait évidemment assurer une formation adéquate à la personne qui fournit les soins et mettre en oeuvre des mesures pour éviter les abus.

6.4.3 Le réexamen des objectifs de la reconnaissance des conjoints dans les programmes et l'adoption de mesures permettant d'atteindre ces objectifs

Qu'il y ait des enfants ou non, la décision que prennent deux adultes de se marier et de s'offrir un soutien financier mutuel entraîne une forme de copropriété de certains actifs. Les dispositions du droit de la famille protégeant le patrimoine familial traduisent la présomption que les deux époux ont contribué également à la constitution de ce patrimoine par leur apport en argent ou en temps. Lorsqu'il y a rupture de l'union à la suite d'un divorce, d'une séparation ou d'un décès, la propriété de certains actifs — notamment les résidences principales et secondaires, les crédits de rentes publics et privés ainsi que les sommes investies dans les REÉR — peut être transférée à la conjointe ou au conjoint. Certaines des dispositions fiscales discutées au chapitre 3 visent à exonérer ces transactions de l'impôt ou à reporter l'imposition des gains en capital. Si la transaction a lieu entre deux conjoints de fait au Québec ou entre deux personnes qui cohabitent et s'offrent un soutien mutuel dans n'importe quelle province, elle est soumise à une imposition immédiate des gains de capital.

Ces dispositions devraient faire l'objet d'un examen approfondi pour déterminer si elles traduisent une fonction légitime de la relation maritale et méritent donc d'être maintenues. Les gouvernements fédéral et du Québec pourraient également décider de les étendre à d'autres catégories de personnes, par exemple les conjoints de fait ou les cohabitants qui se soutiennent mutuellement, ou tout simplement de les abolir.

L'obligation ou la possibilité de couvrir son conjoint ou sa conjointe dans un régime privé d'assurance-maladie ou de retraite est un autre type de mesure qui traduit la présomption de soutien mutuel. Toutefois, on doit se demander si cette couverture doit être assumée entièrement par le cotisant au régime ou si elle devrait être subventionnée par l'employeur ou les autres cotisants, comme c'est souvent le cas actuellement. De plus, ces régimes doivent-ils faire une distinction selon qu'il y ait ou non des enfants à charge?

Nous privilégions, pour notre part, une approche qui n'accorderait pas plus d'avantages sociaux ou fiscaux aux personnes mariées qu'aux personnes ayant choisi l'union de fait. De plus, nous sommes d'avis qu'il faudrait éviter d'accorder des avantages et d'imposer des inconvénients en fonction du statut conjugal afin de mieux respecter l'autonomie des partenaires et la fluidité des modes de vie contemporains. En même temps, le défi demeure de trouver des mesures adéquates pour reconnaître la charge des enfants et l'exercice des responsabilités familiales tout en respectant l'autonomie individuelle et la diversité des modes de vie domestique.

6.5 Conclusion

Les pistes de réforme et les 13 recommandations contenues dans ce rapport commandent des actions à court et à moyen terme de la part du gouvernement fédéral et des provinces. La démarche proposée peut être considérée comme une stratégie en trois temps. D'abord, éliminer des lois canadiennes toute distinction fondée sur le sexe des partenaires quant à l'accès aux statuts conjugaux existants et aux dispositions relatives à la filiation dans une perspective d'égalité substantive. Une fois cette étape franchie, il importe de réformer l'encadrement juridique de la conjugalité hors mariage, qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle, en respectant la liberté de choix et l'autonomie des partenaires ainsi que la protection des personnes vulnérables. Enfin, il est nécessaire d'entreprendre, par le biais d'une Commission d'enquête, une analyse approfondie et des réformes quant aux objectifs des programmes de soutien du revenu et de la fiscalité et à leur manière de traiter la conjugalité afin de les adapter à la diversité des modes de vie domestique et à la fluidité des statuts conjugaux et familiaux qui caractérisent la société canadienne d'aujourd'hui.

Certaines recommandations font écho aux revendications historiques des communautés lesbiennes et gais dans leur longue marche vers l'égalité. D'autres, au contraire, ont un caractère plus novateur et auront peut-être surpris par leur contenu ou leur articulation à des problématiques sociales plus larges, telles que l'égalité des sexes, l'équité entre les couples et entre les ménages, de même qu'une redistribution plus juste des richesses collectives dans une perspective de solidarité sociale. L'obtention d'une égalité réelle pour les couples de même sexe est, selon nous, indissociable d'une refonte globale du droit familial privé et des régimes publics qui utilisent la conjugalité comme critère d'accès à ces programmes.

Nous espérons que ces recommandations contribueront à solutionner le problème de la discrimination auquel font face les couples de lesbiennes et de gais dans leur vie quotidienne et fourniront des pistes de réflexion et des leviers d'action pour une société plus juste et équitable.

Notes du chapitre 6

[1] *M.* c. *H., op. cit.*

[2] Dans cette perspective, il serait possible, par exemple, de remplacer les régimes du mariage civil et de l'union de fait par un seul régime d'union civile enregistrée qui comporterait plusieurs formules de contrat-type visant à réglementer la vie commune. À une extrémité, un

contrat pourrait comprendre des droits, protections et obligations similaires à ceux octroyés présentement aux époux dans le cadre du mariage et, à l'autre extrémité, un contrat « plus léger » pour les partenaires ou les cohabitants qui voudraient s'offrir une protection mutuelle concernant le droit au maintien des lieux et le partage des biens en cas de séparation. Entre les deux, d'autres formules de contrat-type pourraient être établies. L'instauration d'un tel régime aurait l'avantage d'établir un encadrement juridique uniforme et modulé en fonction de la diversité des modes de vie conjugale et domestique plutôt que l'actuel régime où l'on accorde de façon hiérarchique des statuts distincts au mariage et à l'union de fait.

[3] On se souviendra que dans l'affaire *Vriend*, la Cour suprême du Canada avait conclu qu'une loi trop limitative en raison d'une omission peut être jugée discriminatoire si, par sa portée limitative, elle crée une distinction sur la base de l'orientation sexuelle qui conduit à la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi, et nie le droit à l'égalité substantive.

[4] Selon un sondage réalisé par la maison Angus Reid en mai 1999, 53 p. 100 de la population canadienne était en faveur de la légalisation du mariage pour les couples de même sexe et 44 p. 100 s'y opposait. Le pourcentage favorable le plus élevé se situait à 61 p. 100 au Québec. Les femmes étaient plus souvent d'accord (56 p. 100) que les hommes (50 p. 100). Le sondage révèle aussi des différences selon l'âge : 66 p. 100 des jeunes de 18 à 34 ans favorisaient le droit au mariage pour les couples de même sexe alors que le pourcentage chutait à 32 p. 100 chez les personnes de 55 ans et plus. Voir Anne McIlroy, « Most in Poll Want Gay Marriages Legalized », *The Globe and Mail*, 10 juin 1999, p. A-1.

[5] *Miron* c. *Trudel*, [1995], *op. cit.*

[6] *Ibid*, aux paragraphes 95-97.

[7] C'est le cas du moins au Québec, où la revendication pour la reconnaissance juridique des couples de même sexe date de 1979. Voir à cet effet I. Demczuk et F. Remiggi (1998).

[8] Ce type d'arrangement conjugal n'est d'ailleurs sans doute plus celui de nombreux couples hétérosexuels qui ont aujourd'hui des enfants. Ainsi, lorsque les femmes s'occupent à plein temps des soins aux enfants en bas âge, la plupart le font désormais pour une période limitée. Cependant, l'inégalité financière des partenaires et la dépendance matérielle qu'elle entraîne demeure la norme chez les couples hétérosexuels, puisqu'un écart salarial important entre hommes et femmes subsiste. Cet écart salarial fondé sur le sexe n'a évidemment pas les mêmes effets chez les couples de lesbiennes et de gais.

[9] Nous pensons, en particulier, aux soins dentaires et d'optométrie, à l'assurance-médicaments et à l'accès aux prothèses.

[10] Selon un document du ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec disponible en ligne à <www.msss.gouv.qc.ca/f/statistiques/index.htm> et consulté le 24 octobre 2000, en 1997, le Canada dépensait 2 102 dollars par personne pour la santé, soit 9,0 p. 100 du

produit intérieur brut, alors qu'aux États-Unis, on y dépensait 4 090 dollars par personne, soit 14,0 p. 100 du produit intérieur brut. Ces chiffres sont exprimés en dollar américain à parité du pouvoir d'achat. Par ailleurs, en 1994, 40,6 millions d'Américains, soit 15,4 p. 100 de la population, n'avaient pas d'assurance-maladie et n'étaient pas admissibles aux programmes étatiques de Medicaid. Voir à cet effet « À propos… de l'assurance-santé aux États-Unis », *Le Devoir*, 17 juin 1998, p. A-8.

[11] N'oublions pas qu'à l'origine, il s'agissait de rentes de veuve. Le nom a été changé en 1975 pour un terme non sexué afin de satisfaire les revendications des femmes. Celles-ci affirmaient qu'elles cotisaient au même taux que les hommes, mais qu'elles ne pouvaient pas offrir une protection à leurs conjoints et à leurs enfants. De plus, une rente de veuve présume que ce sont les femmes qui s'occupent seules des enfants, alors que le mouvement féministe lutte pour que les hommes effectuent leur part de travail.

SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

Recommandation n° 1 : Nous recommandons que les provinces et les territoires modifient immédiatement toutes leurs lois conférant des droits et des obligations aux conjoints de fait de manière à éliminer toute distinction fondée sur le sexe des partenaires. À cet effet, la terminologie adoptée par l'Ontario dans la *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H* ne saurait être retenue parce qu'elle impose une telle distinction. Les provinces et les territoires devraient plutôt employer la terminologie privilégiée par le Québec dans sa *Loi 32* ou par le gouvernement fédéral dans son projet de loi C-23.

Recommandation n° 2 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral convoque, dans un premier temps, une conférence de toutes les provinces et incite celles-ci à légiférer afin de permettre le mariage entre personnes de même sexe. Si cette étape ne peut être franchie, nous recommandons qu'il utilise son pouvoir constitutionnel et légifère pour étendre l'accès au mariage aux couples de même sexe.

Recommandation n° 3 : Nous recommandons que les provinces et les territoires modifient leurs lois et les règles d'application connexes afin d'éliminer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pour l'accès aux services d'adoption et d'insémination artificielle. Concernant l'adoption, les candidates et candidats devraient être évalués d'après les critères usuels de la situation personnelle et des capacités parentales.

Recommandation n° 4 : Nous recommandons que dans l'intérêt de l'enfant, les provinces et les territoires modifient leurs lois sur la filiation et l'adoption afin de permettre à la conjointe d'une mère lesbienne d'être enregistrée comme parent au moment de la naissance de l'enfant. De plus, la conjointe d'une mère lesbienne ou le conjoint d'un père gai devrait avoir le droit d'adopter l'enfant de sa ou son partenaire, comme c'est déjà le cas pour les couples hétérosexuels lorsque l'enfant n'a pas déjà un deuxième parent ou lorsque l'autorité parentale de ce dernier a été déchue.

Recommandation n° 5 : Nous recommandons que les gouvernements fédéral et provinciaux entreprennent dans les plus brefs délais une réforme des lois régissant les droits et obligations afférents au statut de conjoint de fait ainsi que des critères pour la reconnaissance de ce statut, sans établir de distinction quant au sexe des partenaires. Des modifications devront être apportées aux régimes privés et publics ainsi qu'aux questions particulières telles que le consentement aux soins en cas d'inaptitude et la succession sans testament. Ce faisant, les gouvernements, y compris celui du Québec, devront déployer tous les efforts nécessaires pour s'entendre sur la définition de la conjugalité de fait et assurer le plus possible l'uniformité entre les programmes d'une part et les juridictions d'autre part.

Recommandation n° 6 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires établissent un registre central de retrait du régime de l'union de fait. Ce mécanisme centralisé permettrait aux conjoints de sexe opposé ou de même sexe désirant

vivre en union libre d'inscrire leur volonté commune de se soustraire au statut de conjoint. Cet acte d'exclusion du régime aurait pour effet d'enlever aux parties les obligations et les avantages liés à la conjugalité de fait, que ce soit en vertu du droit privé, de la fiscalité, des programmes d'assistance, d'assurance ou de soutien du revenu, pour une période déterminée. Par contre, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, cette exclusion n'aurait pas d'effet juridique sur les responsabilités et les droits parentaux.

Recommandation n° 7 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires rappellent, par une directive, l'obligation de confidentialité des renseignements à leurs fonctionnaires, aux organismes gouvernementaux, aux employeurs, aux compagnies d'assurance et à d'autres organismes chargés d'appliquer les changements législatifs visant la reconnaissance juridique des couples de même sexe. Si, de manière répétée, des violations de la confidentialité sont constatées, le gouvernement fédéral et les provinces devraient modifier leurs lois sur la confidentialité des renseignements personnels afin de prévoir des amendes importantes pour quiconque ne respecte pas strictement ces lois.

Recommandation n° 8 : Nous recommandons que les fonctionnaires des ministères et des organismes gouvernementaux chargés d'appliquer les changements législatifs visant la reconnaissance juridique des couples de même sexe reçoivent une formation adéquate sur l'hétérosexisme et les réalités gaies et lesbiennes pour mieux desservir cette nouvelle clientèle. Les fonctionnaires devraient agir avec souplesse, discrétion et discernement dans l'application des nouvelles dispositions de manière à ne pas heurter les lesbiennes et les gais, car la divulgation de l'orientation sexuelle peut parfois causer des préjudices.

Recommandation n° 9 : Nous recommandons que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux subventionnent la production et la diffusion de matériel promotionnel et organisent des séances d'information afin de renseigner les lesbiennes et les gais sur leurs nouveaux droits et de les inciter à les exercer. La conception de ces séances et de ce matériel devrait se faire en partenariat avec les organisations lesbiennes et gaies. Son financement devrait être suffisant pour permettre l'organisation de séances adaptées notamment en fonction du sexe, de l'origine ethnique ou autochtone, de la langue, de la province et du milieu rural ou urbain.

Recommandation n° 10 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral mette en oeuvre une campagne médiatique d'éducation populaire visant à contrer l'homophobie et la discrimination envers les lesbiennes, les gais et leurs couples dans le milieu de travail et dans l'accès aux services publics.

Recommandation n° 11 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral élargisse, par dérogation, les critères d'application du Programme de contestation judiciaire afin de fournir aux organisations de lesbiennes et de gais les moyens financiers nécessaires pour contester les lois discriminatoires des provinces qui n'auront pas modifié leurs lois portant sur la famille.

Recommandation n° 12 : Afin d'assurer aux lesbiennes et aux gais le droit à l'égalité et à un traitement équitable dans tous les domaines de compétence fédérale, nous recommandons que

le gouvernement fédéral ne limite pas son intervention au domaine législatif, mais révise ses politiques sociales et ses orientations ministérielles afin d'éliminer toute trace de discrimination et d'exclusion des personnes homosexuelles.

Recommandation n° 13 : Nous recommandons que le gouvernement fédéral constitue une Commission d'enquête sur les transformations du couple et de la famille et leurs effets sur l'accès aux politiques sociales canadiennes. La Commission aurait un double mandat :

- entreprendre une analyse approfondie des régimes conjugaux tant en droit privé que dans les programmes de soutien du revenu et dans le régime fiscal canadien;
- proposer des réformes quant aux objectifs et aux critères d'accès à ces régimes publics afin de les adapter à la diversité des modes de vie domestique et à la fluidité des statuts conjugaux et familiaux.

ANNEXE 1 : PRINCIPALES DÉCISIONS JUDICIAIRES PORTANT SUR LES DROITS DES COUPLES DE MÊME SEXE AU CANADA DE 1986 À 1999

Anderson c. *Luoma* (1986) 183

Andrews c. *Ontario (ministre de la santé)* (1988) 183

Veysey c. *Canada (Correctional Service)* (1989) 183

Knodel c. *British Columbia (Medical Services Commission)* (1991) 184

Leshner c. *Ontario* (1992) 184

Vogel c. *Manitoba* (1992) 185

Layland c. *Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993) 185

Nielsen c. *Canada (Human Rights Commission)*, (1992) 186

Haig c. *Canada* (1992) 186

Canada (Procureur général) c. *Mossop* (1993) 187

K. et al. (Re) (1995) 188

C.E.G. (No. 2) (Re) (1995) 188

Egan c. *Canada* (1995) 188

Kane c. *Ontario* (1997) 189

Obringer c. *Kennedy Estate* (1996) 189

Buist c. *Greaves* (1997) 190

Vriend c. *Alberta* (1998) 190

Rosenberg c. *Canada (Proc. gén.)* (1998) 191

Canada (Procureur général) c. *Moore* (1998) 192

Ontario Public Service Employees Union Pension Plan Trust Fund (Trustees of) c. *Ontario (Management Board of Cabinet)* (1998) 192

M. c. *H.* (1999) 193

N.P. (Re) (1999) 194

A. (Re) (1999) 194

Principales décisions judiciaires portant sur les droits des couples de même sexe au Canada de 1986 à 1999[1] (tribunal de dernière instance)

***Anderson* c. *Luoma* (1986) 50 R.F.L. (2e) 126 (C.S. C.-B.)**
Faits : Au moment de la rupture, après 10 ans de vie conjugale, l'une des conjointes lesbiennes demande les aliments pour elle-même et ses deux enfants nés par insémination artificielle. Elle conteste la définition du terme « conjoint » dans la loi sur la famille de la Colombie-Britannique. Elle prétend que cette définition viole l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés.*

Résultat : La demanderesse n'a droit qu'à une part des biens en vertu de la fiducie judiciaire, car les dispositions législatives sur le soutien ne s'appliquent qu'aux hétérosexuels. La conjointe n'étant pas liée biologiquement aux enfants, elle n'a aucune obligation envers ceux-ci. La Cour rejette sans explication la prétention quant à la violation de l'article 15 de la *Charte canadienne.* Elle ajoute sommairement que, s'il y avait eu violation, le traitement discriminatoire aurait été justifié par l'article premier de la *Charte canadienne*.

À noter : Le traitement discriminatoire allait tellement de soi qu'il n'exigeait pas d'explication.

***Andrews* c. *Ontario (ministre de la Santé)* (1988) 64 O.R.(2e) 258 (C. sup. Ont.)**
Faits : Karen Andrews demande la couverture familiale de l'assurance-maladie de l'Ontario pour sa conjointe et les deux enfants de cette dernière. Même si la loi et les règlements pertinents ne définissent pas le terme « conjoint », le ministère de la Santé refuse sa demande sous prétexte que les conjoints doivent être de sexe opposé. Andrews prétend que cette interprétation viole les articles 15 et 7 (protection de la vie, liberté et sécurité de la personne) ainsi que l'alinéa 2(d) (liberté d'association) de la *Charte canadienne des droits et libertés.*

Résultat : L'interprétation du ministère est justifiée, puisqu'elle est conforme à la présomption d'hétérosexualité et à celle qui apparaît dans 79 lois ontariennes où le terme « conjoint » est défini. Même si l'article 15 de la *Charte canadienne* peut interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (motif analogue), il n'y a pas, en l'occurrence, de discrimination, puisque la situation des conjoints de même sexe n'est pas comparable à celle des conjoints hétérosexuels, car seuls ces derniers peuvent procréer et élever des enfants. De plus, il n'y a pas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, car Andrews et sa conjointe sont traitées comme tous les autres célibataires. La Cour rejette sans les discuter les prétentions quant à l'alinéa 2(d) et à l'article 7. Même s'il y avait eu discrimination, l'atteinte aurait été justifiée, puisque l'objectif de la *Loi sur l'assurance-santé* est la promotion de la famille.

***Veysey* c. *Canada (Services correctionnels)*, (1989) 29 F.T.R. 74 (C.F. div. procès) / *Veysey* c. *Canada* (*Services correctionnels*) (1990) 109 N.R. 300 (C.F.A)**
Faits : Veysey, un prisonnier gai, se fait refuser le privilège du programme des visites familiales pour son conjoint.

Résultat : La Cour fédérale, division des procès, détermine que le refus fondé sur l'orientation sexuelle est discriminatoire en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour fédérale d'appel maintient cette décision, mais elle ne la fonde pas sur l'article 15. Elle s'appuie plutôt sur les règles d'interprétation législative, ce qui limite la portée du jugement.

À noter : Le gouvernement fédéral a concédé que l'orientation sexuelle était un motif analogue. Cette décision représente la première reconnaissance de l'aspect relationnel des identités lesbiennes et gaies.

***Knodel* c. *British Columbia* (*Medical Services Commission*) (1991) 58 B.C.L.R. (2e) 356 (C.S. C.-B.)**

Faits : Les cotisations au régime volontaire de soins de santé complémentaires de la Colombie-Britannique sont moindres pour un couple que pour deux célibataires. Dans le règlement régissant le régime, le terme « conjoint » est défini de manière à n'inclure que les conjoints de sexe opposé.

Résultat : La Cour conclut que le règlement contrevient à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'intimé a concédé que, s'il y avait violation de l'article 15, celle-ci n'était pas justifiée par l'article premier. La Cour ordonne donc, à titre de mesure de redressement, que le terme « conjoint » dans le règlement soit interprété de manière à inclure les conjoints de même sexe.

À noter : La convention collective de Knodel, qui prévoyait l'adhésion de groupe au régime complémentaire de santé, définissait le terme « conjoint » de manière inclusive. Knodel a reçu le soutien de son syndicat dans ses démarches auprès de l'employeur et des gestionnaires du régime.

***Leshner* c. *Ontario* (1992) 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. d'enquête)**

Faits : Leshner, un procureur de la Couronne de l'Ontario, se plaint à la Commission des droits de la personne de l'Ontario alléguant que le régime de retraite de l'employeur fait preuve de discrimination au motif de l'orientation sexuelle, puisque les prestations de survivant ne sont offertes qu'aux conjoints de sexe opposé. L'employeur se justifie en invoquant que : 1) la loi fédérale sur l'impôt ne reconnaît, aux fins de l'exemption fiscale, que les régimes de retraite dans lesquels le terme « conjoint » est défini de manière à n'inclure que les conjoints de sexe opposé et, 2) les dispositions du *Code des droits de la personne* autorisent l'adoption de règlements qui distinguent les personnes selon leur statut marital aux fins des régimes d'assurance. Le statut marital est défini de manière exclusive en dépit de l'inclusion du motif de l'orientation sexuelle dans le *Code*.

Résultat : Le Tribunal d'enquête de la Commission des droits de la personne de l'Ontario conclut que l'employeur ne peut se départir de sa responsabilité en renvoyant celle-ci au gouvernement fédéral. La disposition qui autorise l'adoption de règlements qui distinguent la conjugalité de même sexe de celle de sexe opposé est déclarée inopérante, puisqu'elle contrevient à l'article 15 de la *Charte canadienne* et elle n'est pas justifiée en vertu de

l'article premier. Le tribunal invite le gouvernement ontarien à exercer des pressions sur le gouvernement fédéral afin que celui-ci modifie la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Reconnaissant toutefois qu'il n'a pas juridiction sur les lois fédérales, il ordonne au gouvernement ontarien de créer un régime de retraite parallèle, non discriminatoire, et d'en assumer les coûts supplémentaires.

À noter : Le gouvernement ontarien a obtempéré et créé un régime parallèle. Six ans plus tard, le gouvernement fédéral n'ayant toujours pas modifié la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la question des coûts supplémentaires fait l'objet d'une autre contestation. Voir à cet effet *Ontario Public Service Employees Union Pension Plan Trust Fund (Trustees of)* c. *Ontario (Management Board of Cabinet)*.

***Vogel* c. *Manitoba*, (1992) 16 C.H.R.R. D/242 (C.B.R. Man.)**
Faits : En 1982, Vogel avait déposé à la Commission des droits de la personne du Manitoba une plainte de discrimination contre son employeur, le gouvernement manitobain, qui refusait d'inclure son conjoint dans le régime d'assurance de soins dentaires. La plainte avait alors été rejetée. Vogel revient à la charge en 1992 après l'ajout du motif d'orientation sexuelle dans le *Code des droits de la personne* du Manitoba en 1987. Il prétend que le refus est discriminatoire en raison des motifs du sexe, du statut marital, de la situation de famille et de l'orientation sexuelle. Il est appuyé dans ses prétentions par la Commission des droits de la personne du Manitoba.

Résultat : Le Tribunal des droits de la personne rejette les arguments au sujet des motifs du sexe, du statut marital et de la situation de famille. Il considère que cette nouvelle plainte sur les mêmes motifs constituent un abus de procédure, puisque l'ajout du motif de l'orientation sexuelle ne modifie en rien la teneur de ces motifs. Il rejette aussi la prétention quant à l'orientation sexuelle, puisque les avantages familiaux du régime dentaire sont offerts seulement aux personnes mariées et que « une personne pourrait être mariée à une personne de sexe opposé tout en étant homosexuel *[traduction]* ». La Cour du Banc de la Reine du Manitoba maintient la décision en ajoutant que l'objet du régime dentaire est de protéger les conjoints et leurs enfants et, puisque les homosexuels ne peuvent être conjoints, la distinction est fondée non pas sur l'orientation sexuelle, mais sur le fait de ne pas être des conjoints.

À noter : L'appui de la Commission des droits de la personne est remarquable. Par ailleurs, le jugement considère chaque motif comme des compartiments étanches, de sorte que le statut marital et l'orientation sexuelle sont traités comme mutuellement exclusifs. Ainsi, le motif du statut marital interdirait les distinctions entre personne mariées et personnes célibataires, alors que celui de l'orientation sexuelle protégerait seulement contre des actes ou omissions qui ne sont pas liés à la conjugalité, par exemple l'accès à un emploi.

***Layland* c. *Ontario* (*Minister of Consumer and Commercial Relations*) (1993) 14 O.R. (3e) 658 (C. Ont. Div. gén.)**
Faits : Layland et Beaulne, deux hommes gais, se voient refuser l'autorisation de se marier. Ils prétendent que ce refus viole l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Résultat : La Cour confirme que la common law limite le mariage à un homme et une femme. Elle détermine qu'il ne s'agit pas de discrimination, puisqu'il est toujours loisible au requérant d'en satisfaire les exigences en se mariant avec une femme. La *Charte canadienne* ne peut servir à modifier la définition du mariage.

À noter : Un juge dissident conclut toutefois que le refus est discriminatoire, puisque le droit de choisir avec qui se marier est un droit fondamental, lequel est nié ici en vertu d'un motif prohibé de discrimination. Il ajoute que, même si l'État est justifié de promouvoir les rapports familiaux, il discrimine s'il ne soutient que les familles traditionnelles.

***Nielsen* c. *Canada* (*Human Rights Commission*) (1992) F.C.J. n° 227 (Cour fédérale, div. procès)**

Faits : Nielsen, une employée du gouvernement fédéral, dépose une plainte à la Commission fédérale des droits de la personne. La Commission refuse de traiter sa plainte sous prétexte qu'elle doit attendre les résultats de l'appel logé à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mossop*. Nielsen se plaint du fait que sa conjointe et l'enfant de celle-ci ne sont pas admissibles au régime d'assurance de soins dentaires de l'employeur en raison de la définition restreinte du terme « conjoint ». Elle demande à la Cour fédérale d'ordonner à la Commission de traiter sa plainte qu'elle fonde sur les motifs du statut marital, de l'orientation sexuelle et du sexe.

Résultat : La Cour refuse d'émettre une telle ordonnance. Elle admet qu'il ne lui appartient pas de déterminer les questions de fond quant à l'interprétation des motifs du sexe et du statut marital. Elle conclut tout de même que ceux-ci ne peuvent être interprétés pour protéger l'orientation sexuelle, qui n'était pas alors un motif illicite de discrimination dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Cour rejette aussi la possibilité d'inclure ce motif dans la *Loi*, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sous prétexte qu'il n'appartient pas aux tribunaux de légiférer et ainsi de contourner le Parlement élu, ce qui signifierait l'abolition de la règle démocratique de la majorité.

À noter : La Cour dénonce longuement « l'activisme judiciaire » et évoque les dangers de ces interventions : « À maintes reprises au cours du siècle, la hâte à modifier l'allure des législatures démocratiquement élues n'a conduit qu'à la tyrannie et à la violence, et non à la primauté du droit. *[traduction]* »

***Haig* c. *Canada* (1992) 9 O.R. (3e) 495 (C.A. Ont.)** (aussi dénommé Haig et Birch)
Faits : Birch est membre de l'armée canadienne. En vertu d'une directive ministérielle, il perd son droit à des promotions et à des affectations s'il dévoile qu'il est gai. Puisque la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'inclut pas le motif de l'orientation sexuelle, il demande que l'article 3 de la *Loi* (qui établit la liste des motifs) soit déclaré inopérant, puisqu'il est contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Résultat : La Cour de première instance déclare cette disposition inopérante, mais elle suspend la déclaration d'invalidité pour une période de six mois ou jusqu'à ce qu'un appel

soit entendu. La Cour d'appel de l'Ontario détermine que l'orientation sexuelle est un motif analogue et que ce motif est protégé par l'article 15 de la *Charte canadienne*. En n'incluant pas ce motif dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le gouvernement fédéral effectue une distinction discriminatoire. Il n'a présenté aucune preuve à l'effet que cette discrimination serait justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. La Cour d'appel substitue au redressement de l'invalidation de la *Loi*, le redressement de l'interprétation large qui empiète moins et qui, tout en incluant l'orientation sexuelle, n'a pas pour effet d'éliminer la protection de tous les autres groupes.

À noter : Généralement, les contestations de la loi fédérale sont présentées à la Cour fédérale, mais comme cette dernière s'était montrée peu réceptive aux revendications des gais et des lesbiennes (*Egan*, *Nielsen*, *Mossop*, à l'exception de *Veysey*), Haig et Birch inaugurent une nouvelle tactique en s'adressant aux tribunaux ontariens. Cette décision a été importante, car elle provenait d'une cour très prestigieuse dont les décisions sont souvent suivies par la Cour suprême du Canada. De plus, elle validait la prétention quant à l'inclusion de l'orientation sexuelle comme motif analogue dans l'article 15 de la *Charte canadienne*. La décision représentait aussi une incursion d'une cour de juridiction provinciale dans le domaine des droits de la personne à l'échelon fédéral. Le gouvernement fédéral refusait d'inclure le motif de l'orientation. Il n'a pas fait appel, laissant ainsi croire qu'il allait obtempérer, mais il ne l'a fait qu'en 1996.

***Canada (Procureur général)* c. *Mossop* [1993] 1 R.C.S. 554 (C.S.C.)**
Faits : Mossop, un employé du gouvernement fédéral, s'est vu refuser un congé de deuil, pourtant prévu dans sa convention collective, pour assister aux funérailles du père de son conjoint. Il ne soumet que des arguments fondés sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et non sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le Tribunal canadien des droits de la personne conclut à l'existence d'un acte discriminatoire en vertu du motif de la « situation de famille ». La Cour d'appel fédérale annule la décision du Tribunal. La cause est portée en appel à la Cour suprême du Canada.

Résultat : La majorité de la Cour suprême du Canada (quatre juges sur sept) détermine qu'au moment où le congé pour cause de deuil a été refusé au plaignant, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'interdisait pas encore la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Elle ajoute que, puisque l'orientation sexuelle du plaignant est liée de façon intime aux motifs qui ont conduit au refus de l'avantage, l'on ne saurait condamner ce refus comme constituant une discrimination fondée sur la « situation de famille » sans introduire indirectement dans la *Loi* l'interdiction que le législateur a spécifiquement décidé d'écarter. Les trois juges dissidents considèrent que l'interprétation élargie que le Tribunal des droits de la personne avait donné à l'expression « situation de famille » était raisonnable à la lumière des objectifs généraux de la *Loi* (qui visent à éliminer la discrimination) et en raison de l'évolution du contexte social qui fait en sorte que la famille traditionnelle n'est plus le seul type de famille.

À noter : En dépit de l'exhortation de la Cour, Mossop avait refusé de modifier sa requête pour y inclure la décision rendue six mois plus tôt par la Cour d'appel de l'Ontario dans

l'affaire *Haig*. Le juge en chef Lamer, qui s'est rangé avec la majorité, laisse entendre que le résultat aurait pu être différent si la *Charte canadienne* avait été invoquée.

***K. et al. (Re)* (1995) 23 O.R. (3e) 679 (C. Ont. Div. prov.)**
Faits : Trois couples de lesbiennes contestent la loi ontarienne régissant les adoptions parce qu'elle limite les adoptions aux couples de sexe opposé.

Résultat : La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* contrevient à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Grâce à l'interprétation large, la loi doit être appliquée de manière non discriminatoire.

***C.E.G. (n° 2) (Re)* [1995] O.J. n° 4073 (C. Ont. Div. gén.), en direct : QL(OJ)**
Faits : Chacune des conjointes dans un couple de lesbiennes a donné naissance à un enfant par insémination artificielle. Chacune veut adopter l'enfant biologique de l'autre en procédant à une adoption conjointe. La loi applicable limite le droit d'adoption conjointe aux couples de sexe opposé.

Résultat : La loi en question contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* au motif de l'orientation sexuelle. L'ordonnance d'adoption est accordée.

***Egan* c. *Canada* [1995] 2 R.C.S. 513 (C.S.C.)**
Faits : À compter de l'âge de 65 ans, Egan a commencé à recevoir des prestations de sécurité de la vieillesse. Lorsque Norris, son conjoint, a eu 60 ans, il a demandé l'allocation à laquelle est admissible le conjoint âgé de 60 à 64 ans lorsque le revenu du couple est inférieur à un montant déterminé. Sa demande a été rejetée pour le motif que leur union n'était pas visée par la définition du terme « conjoint ». Ce terme signifie « la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme ». Egan et Norris prétendent que la définition contrevient au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Les cours fédérales de première instance et d'appel ont débouté les appelants, la cause fut donc entendue à la Cour suprême.

Résultat : La Cour suprême du Canada est unanime à déclarer que l'orientation sexuelle est un motif analogue et bénéficie de la protection de l'article 15 de la *Charte canadienne*. Une majorité de cinq juges sur neuf considère qu'en l'espèce, l'article 15 a été violé. Toutefois, un de ces cinq juges, Sopinka, se rallie à l'autre camp pour conclure que la violation est justifiée eu égard à l'article premier de la *Charte canadienne*. De l'avis du juge Sopinka, la mesure gouvernementale discriminatoire était justifiée parce qu'elle visait un objectif social important : l'atténuation de la pauvreté chez les conjoints âgés, en particulier les femmes restées sans salaire afin de s'occuper des enfants. De plus, les exigences de proportionnalité entre la violation et l'objectif de la mesure discriminatoire étaient respectées parce qu'à son avis, la reconnaissance des conjoints de même sexe est relativement récente et le gouvernement doit pouvoir intégrer progressivement tous ceux qui ont besoin d'aide financière.

À noter : Les quatre juges qui concluent à l'absence de violation de l'article 15 proclament qu'en raison de la procréation, le mariage est « de par sa nature, hétérosexuel » et constitue un pilier de la société. La juge L'Heureux-Dubé, dissidente, s'insurge contre la méthode d'analyse employée par ces quatre juges : « Nous ne réglerons jamais complètement le problème de la discrimination et nous ne réussirons pas à la démasquer sous toutes ses formes, si nous continuons d'insister sur des catégories abstraites et des généralisations plutôt que sur des effets précis. En considérant les motifs de la distinction plutôt que son impact sur des groupes particuliers, notre analyse risque d'être éloignée et déconnectée des véritables expériences que vivent les gens ordinaires. Pis encore, en définissant les catégories appropriées sur lesquelles peuvent reposer les conclusions de discrimination, nous risquons de nous fonder sur des conventions et des stéréotypes concernant les individus qui font partie de ces catégories qui, elles-mêmes, consacrent davantage un statu quo discriminatoire. Plus souvent qu'autrement, le désavantage naît de la façon dont la société traite les individus plutôt que de toute caractéristique qui leur est inhérente » (paragraphe 53 de la décision).

***Kane* c. *Ontario* [1997] 152 D.L.R. (4th) 738**
Faits : La conjointe de Kane est décédée dans un accident d'automobile. L'assureur a rejeté sa réclamation parce que Kane ne répondait pas à la définition de « conjoint » qui ne s'applique qu'aux couples hétérosexuels. Kane prétend que les modalités de la police d'assurance, qui sont prévues dans la police automobile type établie sous le régime de la *Loi sur les assurances*, sont discriminatoires à son endroit et violent le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Résultat : La police et la *Loi sur les assurances* contreviennent à l'article 15. Contrairement à la prétention de l'assureur et du gouvernement ontarien qui ont invoqué l'article premier de la *Charte canadienne*, le tribunal affirme que la décision *Egan* ne lie pas la Cour. L'objectif de la *Loi* est de réduire le nombre de litiges relatifs aux accidents d'automobile en fournissant des prestations automatiques sans égard à la faute. L'exclusion des conjoints de même sexe ne promeut pas la réalisation de cet objectif et les coûts de l'inclusion sont minimes. La Cour ordonne donc à l'assureur de payer la réclamation et au gouvernement, les frais juridiques de Kane.

À noter : Le gouvernement ontarien prétendait que l'objectif du régime était de soutenir et de promouvoir la famille hétérosexuelle fondée sur la procréation et le soin des enfants. La Cour rejette cet argument, puisque rien dans la *Loi* ne confirme cette intention d'autant plus que des conjoints de même sexe peuvent avoir des enfants et que la *Loi* prévoit une durée de cohabitation moindre dans le cas où il y a des enfants. De l'avis de la Cour, étant donné que la *Loi* prévoit la situation des conjoints sans enfant, l'accent n'était pas mis sur les enfants.

***Obringer* c. *Kennedy Estate* [1996] 16 E.T.R. (2e) 27 (C. Ont. Div. gén.).**
Faits : Kennedy meurt sans testament et, en vertu des dispositions ontariennes sur les successions *ab intestat*, une parente éloignée hérite. Obringer, son partenaire depuis plus de 20 ans, réclame une part de la succession à titre de personne à charge. Son emploi était aux É.-U. alors que Kennedy travaillait au Canada. Ils se réunissaient toutes les fins de semaine et pendant les vacances et avaient, à cette dernière fin, un compte bancaire commun.

Résultat : Seuls le conjoint, le père ou la mère, l'enfant, le frère ou la soeur peuvent être reconnus comme personnes à charge. Quant au conjoint, il doit soit avoir été marié, soit avoir cohabité dans une union conjugale depuis au moins trois ans ou pour une période moindre s'ils sont parents d'un enfant naturel ou adoptif. Puisque les arrangements du couple n'incluaient pas la cohabitation, Obringer est exclu de la succession.

À noter : L'exigence de cohabitation pour les conjoints de fait ne s'applique pas aux époux. Voir aussi *Modopoulos* c. *Breen Estate*, [1996] 15 E.T.R. (2e) 128 (C. Ont. Div. gén.).

***Buist* c. *Greaves* [1997] O.J. n° 2646 (C. Ont. Div. gén.), en direct : QL(OJ)**
Faits : Buist et Greaves ont été conjointes pendant sept ans et elles ont, pendant cette période, formé un projet commun de maternité. Greaves est la mère biologique de l'enfant. À la rupture de l'union, Buist maintient ses rapports avec l'enfant de cinq ans, mais les relations entre Buist et Greaves s'enveniment. Comme Greaves entend déménager en Colombie-Britannique, Buist demande la garde exclusive ou partagée de l'enfant. Elle demande aussi d'être déclarée mère de l'enfant.

Résultat : La preuve démontre que les rapports de l'enfant avec sa mère biologique, avec laquelle il continue d'habiter et qui lui fournit tous les soins, sont plus étroits que ceux entretenus avec Buist. Il est dans le meilleur intérêt de l'enfant que la garde soit accordée à Greaves et la garde partagée n'est pas réaliste en raison de la mésentente entre les ex-conjointes. La Cour approuve le plan des visites et l'accès par Buist. Quant à conférer à Buist le statut de mère, la Cour considère qu'elle n'a pas le pouvoir de reconnaître deux mères et que, si elle l'avait eu, elle n'aurait pas accordé ce statut à Buist, puisque moins de deux ans après la naissance de l'enfant, elle était infidèle – indiquant ainsi un manque d'engagement – et avait quitté le foyer conjugal alors que l'enfant avait seulement deux ans et demi.

***Vriend* c. *Alberta* [1998] 1 R.C.S. 493 (C.S.C.)**
Faits : Vriend est congédié de son emploi d'enseignant parce qu'il est gai. Il porte plainte auprès de la Commission des droits de la personne, qui juge celle-ci irrecevable, puisque la loi sur les droits de la personne de l'Alberta n'interdit pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Vriend prétend que la loi albertaine contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et demande que la Cour ordonne l'inclusion de ce motif dans la loi albertaine.

Résultat : De manière unanime, la Cour suprême du Canada juge que les refus répétés depuis 1984 du gouvernement albertain de donner suite aux recommandations de sa Commission des droits de la personne, qui demandait l'inclusion du motif d'orientation sexuelle et avait même décidé en 1992 d'enquêter sur les plaintes fondées sur ce motif, indiquaient qu'il s'agissait non pas d'un oubli, mais plutôt d'une omission délibérée. Cette exclusion délibérée d'une loi dont l'objet même est de fournir une protection contre la discrimination a des effets discriminatoires qui ne peuvent être justifiés. La Cour suprême du Canada ordonne que la loi albertaine soit lue de manière à inclure l'orientation sexuelle et rejette l'approche étapiste adoptée par Sopinka dans *Egan* : « [...] la nécessité pour le gouvernement de procéder par étape ne [peut] justifier une violation de la Charte. Je demeure convaincu que cette approche ne convient pas en

général, surtout lorsque la loi en cause est, comme en l'espèce, un code complet des droits de la personne. À mon avis, on ne peut demander à des groupes qui sont depuis longtemps victimes de discrimination d'attendre patiemment que les gouvernements en viennent, étape par étape, à protéger leur dignité et leur droit à l'égalité. Si l'on tolère que les atteintes aux droits et aux libertés de ces groupes se poursuivent pendant que les gouvernements négligent de prendre des mesures diligentes pour réaliser l'égalité, les garanties inscrites dans la Charte ne seront guère plus que des voeux pieux » (paragraphe 122 de la décision).

***Rosenberg* c. *Canada (Proc. gén.)* (1998) 38 O.R. (3e) 577 (C.A. Ont)**
Faits : Le régime de retraite des employés du Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP/CUPE) a été modifié en 1992 pour fournir aux conjoints de même sexe les mêmes avantages qu'aux conjoints de sexe opposé. La modification a été rejetée par le ministère fédéral parce que la définition du terme « conjoint » ne correspondait pas à la définition exclusive de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, par conséquent, le régime du SCFP ne pouvait pas être enregistré et bénéficier des exemptions fiscales. Les demanderesses sont des employées du SCFP et sont depuis plusieurs années dans une union de même sexe. Elles prétendent que la *Loi de l'impôt sur le revenu* viole l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le tribunal de première instance a rejeté la requête en s'appuyant principalement sur l'affaire *Egan* qui, à son avis, était déterminante.

Résultat : Puisque le gouvernement fédéral a concédé qu'il y avait violation de l'article 15, la Cour d'appel de l'Ontario consacre son analyse aux arguments visant à justifier la violation en vertu de l'article premier. La Cour rappelle que la méthode d'analyse eu égard à l'article premier a été modifiée par la Cour suprême du Canada dans *Vriend*. Ainsi, plutôt que d'appuyer l'analyse sur l'objectif visé par l'ensemble du régime (la *Loi canadienne sur les droits de la personne*) afin de déterminer si l'objectif est suffisamment important et urgent pour justifier la violation de l'article 15, la Cour suprême avait énoncé qu'il était préférable d'appuyer l'analyse sur l'objectif de la violation (l'omission du motif de l'orientation sexuelle). En conséquence, les conclusions de l'affaire *Egan* sont maintenant peu utiles. La Cour d'appel considère que, même si les prestations de survivant avaient à l'origine pour objectif d'atténuer la pauvreté des femmes, cela ne peut justifier le déni de ces avantages aux lesbiennes et aux gais, puisqu'il n'existe aucune preuve que l'un empêche l'autre, et parce que ces avantages sont disponibles tant pour les hommes que les femmes et sans considération des besoins. Même en supposant que l'objectif gouvernemental était valable, les moyens d'y arriver (l'exclusion des conjoints de même sexe), tout comme l'exclusion fondée sur la race ou l'appartenance ethnique, n'ont aucun lien rationnel avec l'objectif. La Cour rejette aussi l'argument de l'étapisme, puisque le gouvernement n'a pas présenté de preuve quant à une augmentation des coûts et, de surcroît, les chiffres semblent indiquer que l'inclusion entraînerait une augmentation des revenus gouvernementaux. La Cour ordonne que l'expression « de même sexe » soit incorporée dans la définition du terme « conjoint » de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

À noter : Tout comme dans *Haig*, la Cour d'appel de l'Ontario fait la leçon au gouvernement fédéral.

***Canada (Procureur général)* c. *Moore* [1998] 4 C.F. 585 (C. Féd. 1re inst.)**
Faits : Cette affaire a débuté en 1991, avant la décision *Haig*. Des employés déposent des plaintes à la Commission des droits de la personne à l'encontre de l'employeur et de leurs syndicats pour avoir conclu des conventions collectives qui rendent inadmissibles aux prestations les conjoints des employés gais et lesbiennes. Le Tribunal des droits de la personne, dans sa décision de 1996, juge fondées les plaintes de discrimination, accorde aux plaignants une compensation pour l'ensemble des avantages perdus et des dépenses du conjoint à compter de 1991. Il ordonne aux parties d'interpréter toute disposition de la convention collective comme incluant les conjoints de même sexe qui vivent en union de fait. Le Tribunal ordonne aussi au Conseil du trésor et aux syndicats en cause de préparer, en consultation et en collaboration avec la Commission des droits de la personne, un inventaire de toutes les lois, règlements, directives, y compris la *Loi de l'impôt sur le revenu,* qui continuent à présenter une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la prestation des avantages sociaux. L'inventaire et une proposition visant l'élimination de toutes ces dispositions discriminatoires devaient être présentés au Tribunal dans un délai de 60 jours. La proposition présentée créait une catégorie distincte de personnes connues comme « partenaires du même sexe » ayant droit aux avantages sociaux, ce que le Tribunal juge inadéquat et toujours discriminatoire. Le gouvernement fédéral demande une révision judiciaire, prétendant que le Tribunal avait outrepassé sa compétence entre autres lorsqu'il a conclu que l'approche de l'employeur relativement à l'octroi des avantages ne satisfaisait pas aux exigences de la *Loi canadienne sur les droits de la personne.*

Résultat : La proposition de l'employeur en l'espèce ne satisfaisait pas aux exigences de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en établissant un régime « séparé, mais égal ». La définition distincte de partenaires de même sexe peut avoir pour effet de renforcer des notions discriminatoires préexistantes et peut être discriminatoire même en l'absence de désavantages matériels. En créant une nouvelle catégorie visant les conjoints de même sexe, le demandeur a omis de respecter l'ordonnance que le tribunal avait compétence d'émettre.

***Ontario Public Service Employees Union Pension Plan Trust Fund (Trustees of)* c. *Ontario (Management Board of Cabinet)* [1998] O.J. n° 5075 (C. Ont. Div. gén.), en direct : QL(OJ)**
Faits : Afin de se plier à la fois aux règles du ministère du Revenu et aux prescriptions de la décision *Leshner,* les administrateurs du Régime de retraite des fonctionnaires de l'Ontario ont créé un régime distinct pour les couples de même sexe. Les fiduciaires du Régime demandent à la Cour des directives, puisqu'ils désirent maintenant fusionner les régimes et l'employeur refuse de collaborer.

Résultat : La définition du terme « conjoint » dans le régime original et dans la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario est discriminatoire. La mesure de redressement la plus appropriée afin de se conformer à la *Charte canadienne des droits et libertés* est d'éliminer l'expression « soit un homme ou une femme » de la définition de « conjoint » et de la remplacer par « soit un individu ou un autre » dans le régime et dans la *Loi.* Quant à la demande d'ajournement présentée par le gouvernement ontarien, qui prétend qu'il faut attendre la décision de la Cour suprême du Canada dans *M.* c. *H.*, la Cour la refuse en

affirmant, d'une part, que les questions sont différentes et, d'autre part, qu'elle est liée par la décision *Rosenberg*. Elle ajoute que, lorsqu'il y a discrimination, celle-ci doit cesser le plus tôt possible. Par conséquent, le régime parallèle n'est plus nécessaire. Le fusionnement des régimes est ordonné.

À noter : En janvier 1999, le gouvernement ontarien (après l'adoption de la *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.* qui n'a pas modifié la *Loi sur les régimes de retraite*) annonce qu'il fait appel de cette décision.

***M.* c. *H.* [1999] 2 R.C.S. 3 (C.S.C.)**
Faits : M. et H. sont deux femmes qui ont fait vie commune pendant près de 10 ans. Au moment de la séparation, elles se sont entendues sur le partage des biens. Toutefois, M. a par la suite modifié sa demande pour y inclure une demande d'aliments conformément aux dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario. Elle prétend que la définition du terme « conjoint » dans la *Loi* est invalide, car elle ne s'applique qu'aux conjoints de sexe opposé la privant ainsi du droit d'obtenir les aliments. M. a eu gain de cause au procès et en appel, mais ni M. ni H. n'a interjeté appel de la décision de la Cour d'appel. C'est le gouvernement de l'Ontario qui a fait appel à la Cour suprême du Canada.

Résultat : Nier la possibilité d'invoquer le régime de l'obligation alimentaire qui est appliqué et protégé par les tribunaux est susceptible d'imposer un fardeau financier au partenaire vulnérable d'un couple de même sexe. Cette négation conduit à penser que M., et en général les personnes formant des unions avec une personne de leur sexe, sont incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière comparativement aux couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle. Une telle exclusion perpétue les désavantages que subissent les personnes formant un couple de même sexe, contribue à les rendre invisibles et viole l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Au sujet de l'article premier de la *Charte canadienne*, la Cour juge que, même si l'on acceptait que la loi vise à corriger l'inégalité systémique des sexes au sein des unions entre personnes de sexe différent, le lien nécessaire entre cet objectif et les mesures choisies est absent, puisque le régime ne fait aucune distinction fondée sur le sexe. De plus, rien ne démontre que l'exclusion des couples de même sexe puisse contribuer de quelque façon à la réalisation de l'objectif. Le fait que les membres d'un couple de même sexe soient peu souvent placés dans une situation ressemblant à celle de nombreuses femmes hétérosexuelles ne les distingue en rien des hommes hétérosexuels qui, même s'ils profitent généralement de la division du travail fondée sur le sexe et de l'inégalité de la capacité de gain, ont tout autant le droit de demander des aliments que leurs partenaires féminines. Même si elle était acceptée comme un objectif pressant, la protection des enfants ne satisferait pas non plus au critère du lien rationnel, puisque les conjoints de sexe opposé ont droit aux aliments même lorsqu'il n'ont pas d'enfant alors qu'un pourcentage croissant d'enfants sont conçus et élevés par des couples de lesbiennes ou de gais. Quant aux autres recours, tels que l'enrichissement sans cause ou le contrat, ils ne constituent pas une solution de rechange valable pour des raisons économiques, morales et sociétales. Comme le droit aux aliments ne représente qu'une partie de la *Loi*, le seul ajout par la Cour

des conjoints de même sexe à cette partie de la *Loi* créerait des incohérences avec les autres parties. Par conséquent, il est préférable de donner au gouvernement ontarien la possibilité et le temps de modifier l'ensemble de la loi et d'en rendre toutes les dispositions compatibles. À cet effet, la déclaration d'inconstitutionnalité est suspendue pour une période de six mois.

À noter : À quelques jours de l'échéance, le gouvernement ontarien adoptait la *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.* Il juxtaposait ainsi dans 53 lois les « partenaires de même sexe » à la définition du terme « conjoint ».

***N.P. (Re)* [1999] R.J.Q. 2910 (C.S.Q. Ch. de la fam.)**
Faits : N.P. et M.G, un couple de lesbiennes, ont forme le projet d'avoir un enfant qui est né de M.G. par insémination artificielle. N.P. et M.G. demandent à la Cour de reconnaître N.P. comme parent psychologique de l'enfant et de reconnaître qu'il y a une délégation et un partage de l'autorité parentale.

Résultat : La Cour rejette la demande considérant que la notion de parent psychologique n'a aucun fondement juridique et que, selon le *Code civil du Québec*, les seuls titulaires conjoints de l'autorité parentale sont les père et mère de l'enfant. Un tiers ne peut être investi de l'autorité parentale que lorsque les titulaires en ont été déchus. Le seul autre cas où un tribunal peut désigner la personne qui exercera l'autorité parentale à l'égard d'un enfant se retrouve à l'article 562 C.c.Q., c'est-à-dire lorsque cet enfant est admissible à l'adoption.

À noter : N.P. et M.G. font appel de cette décision.

***A (Re)* [1999] A.J. n° 1349 (C.B.R., 26 nov. 1999), en direct : QL(AJ)**
Faits : Des lesbiennes qui désirent adopter l'enfant de leur conjointe contestent la définition du terme « conjoint » dans la loi albertaine portant sur les adoptions. Un an après le dépôt des requêtes, le gouvernement albertain maintient toujours que les conjoints de même sexe sont exclus. Six semaines avant le procès, il retire toutefois son opposition et modifie la loi pour remplacer le terme « conjoint » par « beau-parent ». Ce dernier terme n'étant pas défini, la Cour doit déterminer si l'expression inclut les conjoints de même sexe. Les requérantes demandent aussi que la Cour ordonne au gouvernement de leur rembourser les frais juridiques occasionnés par l'opposition initiale de celui-ci.

Résultat : La preuve démontre clairement que l'intention législative lorsque le terme « beau-parent » a remplacé le terme « conjoint » était de reconnaître aux conjoints de même sexe le droit d'adopter. Par conséquent, le terme doit être interprété de manière à respecter l'intention législative. Toutefois, le fait d'être beau-parent n'entraîne pas un droit automatique d'adopter; le facteur déterminant est le rapport que le conjoint du parent a établi avec l'enfant. Les requêtes d'adoption sont accordées sur la foi de la preuve indiquant que les requérantes sont de bons parents. Au sujet des coûts supplémentaires occasionnés par l'opposition du gouvernement, même s'il n'y a pas inconduite de sa part, la justice exige que ces frais soient remboursés aux requérantes.

Note

[1] Sauf exception (p. ex., *Vriend*), la présente annexe ne contient que les décisions traitant directement de la conjugalité entre personnes de même sexe. Nous avons exclu celles qui portaient strictement sur l'orientation sexuelle sans lien avec la conjugalité, qu'elles aient concerné le droit criminel, la discrimination en emploi, la censure ou la liberté d'expression. On ne peut toutefois ignorer les effets indirects de ces décisions sur les attitudes, car elles ont ouvert la porte à une reconnaissance de la conjugalité et de la parentalité des lesbiennes et des gais.

ANNEXE 2 : GRILLE D'ENTREVUE, LISTE DES GROUPES ET DES PERSONNES-RESSOURCES CONSULTÉS, ET PORTRAIT DES PARTICIPANTES AUX CONSULTATIONS

GRILLE D'ENTREVUE : LES ATTENTES ET LES BESOINS DES GROUPES DE DÉFENSE DES DROITS DES LESBIENNES DU QUÉBEC ET DE L'ONTARIO FRANCOPHONE

Importance de la reconnaissance juridique des couples de même sexe

- Est-ce que votre groupe trouve importante l'idée que les gouvernements provinciaux et fédéral reconnaissent juridiquement les couples de même sexe? Quelles sont les raisons qui motivent votre position?

- Croyez-vous que les couples de même sexe devraient avoir accès aux mêmes statuts conjugaux que les couples de sexe opposé?

- Croyez-vous que les positions que vous avez exprimées à l'égard de la reconnaissance des couples de même sexe reflètent assez généralement les positions exprimées par les lesbiennes du Canada?

Définition juridique de la notion de conjoint

- Il existe actuellement des critères de définition de la notion de « conjoint de fait » dans les lois sociales (régime d'assistance, régimes d'assurances sociales, lois sur le travail, etc.) et la fiscalité. Le statut de conjoint est reconnu, règle générale, par défaut à partir des critères suivants : la cohabitation des partenaires, le secours mutuel et la renommée publique de la relation. Comment réagissez-vous à l'idée que ces critères servent aussi de fondement à la reconnaissance juridique des couples de même sexe?

- Êtes-vous plutôt en accord ou plutôt en désaccord avec l'application de ces critères aux couples de même sexe? Pourquoi?

- Considérez-vous que la reconnaissance juridique des couples de même sexe devrait être appliquée à toutes les lois et les régimes où la notion de conjoint apparaît afin d'éliminer la discrimination?

- Selon vous, quels seraient les avantages pour un couple de lesbiennes avec ou sans enfant d'obtenir les mêmes droits et obligations qu'un couple hétérosexuel marié ou vivant en union de fait?

- Selon vous, quels seraient les inconvénients pour un couple de lesbiennes avec ou sans enfant d'obtenir les mêmes droits et obligations qu'un couple hétérosexuel marié ou vivant en union de fait?

Modèles de reconnaissance juridique des couples de même sexe

- Quel est le modèle de reconnaissance juridique des couples de même sexe privilégié par votre organisation? Quels sont les principes en son fondement?

- Que pensez-vous des modèles de partenariat enregistré (*domestic partnership*)? Pensez-vous qu'il est souhaitable que le partenariat enregistré soit un modèle appliqué au Canada? Pourquoi?

- Le gouvernement fédéral prépare un projet de loi omnibus en vue de faire reconnaître dans ses lois sociales certaines formes d'union non conjugale où les couples de gais et de lesbiennes seraient intégrés. Que pensez-vous de cette stratégie? Quels en sont les avantages et les inconvénients?

Déclaration de l'union

- Finalement, dans l'éventualité où les couples de gais et de lesbiennes du Canada obtiendraient une égalité juridique avec les couples hétérosexuels, allez-vous déclarer votre union?

LISTE DES GROUPES ET DES PERSONNES-RESSOURCES CONSULTÉS

Association des femmes professionnelles et gaies
Fondée en 1993, l'Association regroupe 150 membres. La mission du groupe est de susciter des liens entre les femmes d'affaires et professionnelles gaies, d'encourager les échanges économiques entre les membres et de favoriser un réseau de contacts sociaux à l'intérieur des communautés gaies et lesbiennes. L'entrevue avec le groupe a eu lieu le 7 janvier 2000.

Association des mères lesbiennes
Fondée en 1998, l'Association regroupe 140 membres. L'Association est un groupe de soutien pour les mères lesbiennes ou celles qui veulent le devenir. L'entrevue avec le groupe a eu lieu le 8 janvier 2000.

Coalition des gais et lesbiennes du Québec (Claudine Ouellet, directrice générale)
Fondée en 1992, la Coalition regroupe 200 membres. La mission de la Coalition est de promouvoir, de représenter et de défendre les intérêts de la communauté des gais et lesbiennes du Québec. L'entrevue a eu lieu le 25 novembre 1999.

Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe
Fondée en 1998, la Coalition vise à éliminer la discrimination systémique envers les couples de gais et de lesbiennes et leurs familles, dans les lois et les politiques sociales ainsi que sur le marché du travail. Sont membres de la Coalition :

- L'Alliance des professeures et professeurs de Montréal
- La CEDEC Centre-Sud et Plateau Mont-Royal
- La Centrale de l'enseignement du Québec (CEQ)
- La Confédération des syndicats nationaux (CSN)
- Le Conseil central du Montréal métropolitain (CSN)
- Le Conseil des travailleurs et travailleuses du Montréal métropolitain (FTQ)
- La Fédération des femmes du Québec (FFQ)
- La Fédération du personnel de soutien (CEQ)
- Le Forum des gais et lesbiennes syndiqués du Québec
- La Ligue des droits et libertés
- La Table de concertation des lesbiennes et des gais du Grand Montréal
- Le Réseau des lesbiennes du Québec (RLQ)
- Le Syndicat canadien de la fonction publique (section Québec)
- Le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes (section Québec).

Collective lesbienne de l'Ontario
Fondée en 1993, la Collective regroupe 60 membres. La mission de la Collective est de permettre aux lesbiennes d'expression française de se rencontrer et de créer des réseaux afin de se concerter et d'exercer une action politique. L'entrevue avec le groupe a eu lieu le 12 juin 1999.

Côté, Andrée (personne-ressource)
M^me^ Côté est juriste et directrice des affaires juridiques de l'Association nationale des femmes et du droit. L'entrevue a eu lieu le 30 novembre 1999.

ÉGALE Canada Equality for Gays and Lesbians Everywhere (John Fisher, directeur général)
Fondé en 1986, l'organisme regroupe 1 500 membres. ÉGALE a pour mission de promouvoir l'égalité pour les lesbiennes, les gais et les bisexuels et les bisexuelles au niveau fédéral. L'entrevue avec M. Fisher a eu lieu le 27 octobre 1999.

Groupe de lesbiennes de la région de l'Abitibi-Témiscamingue
Un groupe de 24 lesbiennes provenant de diverses municipalités de cette région a été réuni par le Centre des femmes de Rouyn-Noranda. L'entrevue avec le groupe a eu lieu le 26 novembre 1999.

Réseau des lesbiennes du Québec/Quebec Lesbians Network
Fondée en 1996, le Réseau regroupe 100 membres. La mission du Réseau est de promouvoir et de défendre les droits et les intérêts des lesbiennes du Québec. L'entrevue avec le groupe a eu lieu le 23 juin 1999.

Ricard, Nathalie (personne-ressource)
Nathalie Ricard travaille comme infirmière au CLSC Notre-Dame-de-Grâce. Elle est aussi détentrice d'une maîtrise en intervention sociale (spécialisation en études féministes) de l'Université du Québec à Montréal. Son mémoire explore les maternités lesbiennes en tant que nouvelles configurations familiales. L'entrevue a eu lieu le 7 janvier 2000.

PORTRAIT DES PARTICIPANTES AUX CONSULTATIONS SUR LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES COUPLES DE LESBIENNES

Compilation

1. Dans quel groupe d'âge vous situez-vous?

Moins de 25 ans	5,5 % (n : 4)
26 à 34 ans	19 % (n : 14)
35 à 44 ans	41 % (n : 31)
45 à 54 ans	29 % (n : 22)
55 à 64 ans	5,5 % (n : 4)
65 ans et plus	0

2. Quel est votre niveau de scolarité?

Moins de 9 années d'études	1 % (n : 1)
Études secondaires partielles	3 % (n : 2)
Diplôme d'études secondaires	11 % (n : 8)
Certificat ou diplôme d'une école de métiers	1 % (n : 1)
Études postsecondaires partielles	12 % (n : 9)
Certificat ou diplôme d'études postsecondaires	17 % (n : 13)
Diplôme d'études universitaires	55 % (n : 41)

3. Quelle est votre occupation actuelle?

Étudiante	5,5 % (n : 4)
Travailleuse au foyer	4 % (n : 3)
Travailleuse à temps plein	65 % (n : 49)
Travailleuse à temps partiel	5,5 % (n : 4)
Bénéficiaire de l'aide sociale	1 % (n : 1)
Chômeuse	4 % (n : 3)
Retraitée	1 % (n : 1)
Autres (précisez) : travailleuses autonomes	11 % (n : 8)
médecins	3 % (n : 2)

4. Quel était votre revenu annuel <u>personnel</u> en 1998?

moins de 10 000 $	8 % (n : 6)
10 000 à 14 999 $	12 % (n : 9)
15 000 à 19 999 $	4 % (n : 3)
20 000 à 24 999 $	6,25 % (n : 5)
25 000 à 34 999 $	24 % (n : 18)
35 000 à 39 999 $	16 % (n : 12)
40 000 à 44 999 $	6,25 % (n : 5)
45 000 à 49 999 $	11 % (n : 8)
50 000 à 54 999 $	4 % (n : 3)
55 000 à 59 999 $	3 % (n : 2)
60 000 $ et plus	5,5 % (n : 4)

5. Quelle est votre situation amoureuse actuelle?

Je suis sans conjointe présentement.	25 % (n : 19)
Je vis une relation amoureuse avec une femme, mais je n'habite pas avec elle.	25 % (n : 19)
J'habite avec ma conjointe.	50 % (n : 37)
Autre (spécifiez) :	

6. Si vous habitez avec votre conjointe, indiquez depuis combien d'années?

Nombre d'années :
- 1 à 4 ans = 11 répondantes
- 5 à 9 ans = 10 répondantes
- 10 à 14 ans = 5 répondantes
- 15 à 19 ans = 3 répondantes
- 20 à 25 ans = 1 répondante

Médiane : 6 ans Moyenne : 7,16 années

7. Êtes-vous la mère d'un ou de plusieurs enfants?

Oui	43 % (n : 26 + 6 mères non biologiques)
Non	57 % (n : 43)

8. Si oui, cet enfant ou ces enfants habitent-ils avec vous?

Oui	59 % (n : 17)
Non	41 % (n : 12)

9. Est-ce que votre conjointe a un ou des enfants?

Oui	37 % (n : 21)
Non	63 % (n : 36)

10. Si oui, cet enfant ou ces enfants habitent-ils avec vous?

Oui	71 % (n : 15)
Non	29 % (n : 18)

BIBLIOGRAPHIE

AGENCE FRANCE PRESSE. « Les Pays-Bas autorisent l'adoption », *Le Devoir,* 7 février 1998, p. A4.

———. « Les députés néerlandais disent oui au mariage des homosexuels », *Le Soleil*, 17 avril 1996, p. A14.

ANDREWS, K. « We are Family », *Healthsharing*, vol. 18 (automne 1989), p. 6-16.

ARNUP, K. « *We Are Family:* Lesbian Mothers in Canada », *Resources for Feminist Research*, vol. 20, n^os^ 3-4 (1991), p. 101-107.

BAILEY, M. *Le mariage et les unions libres*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 1999.

———. « Hawaii's Same-Sex Marriage Initiatives: Implications For Canada », *Canadian Journal of Family Law,* vol. 15 (1998), p. 153-181.

BALA, N. « Alternatives for Extending Spousal Status: A Commentary », communication à la Conférence *Domestic Partnerships*, Kingston, Faculté de droit, Université Queen's, 21-23 octobre 1999.

BELL, A. P. et M. S. WEINBERG. *Homosexualités. Un rapport officiel sur les comportements homosexuels par l'Institut de recherche sexologique fondé par Alfred C. Kinsey*, Paris, éditions Albin Michel, 1980.

BERTRAND, L. *Le rapport Bertrand sur le vécu de 1 000 femmes lesbiennes*, Montréal, éditions Primeur, 1984.

BERTRAND, M.-A. « L'analyse du discours juridique » dans L. Richard et M.T. Séguin (dir.), *Homosexualités et tolérance sociale*, Moncton, Éditions d'Acadie, 1988, p.143-152.

BOUTIN, C. *Le « mariage » des homosexuels? CUCS, PIC, PACS et autres projets législatifs,* Paris, Criterion, 1998.

BOYD, M. « Changing Canadian Family Forms: Issues for Women » dans N. Mandell et A. Duffy (dir.), *Reconstructing the Canadian Family: Feminist Perspectives*, Toronto, Butterworths, 1988, p. 85-109.

BOYD, S. B. « Best Friends or Spouses? Privatization and the Recognition of Lesbians Relationships in *M. v. H.* », *Revue canadienne de droit familial*, vol. 13 (1996), p. 321-341.

BRITISH COLUMBIA LAW INSTITUTE. *Report on Recognition of Spousal and Family Status*, Vancouver, l'Institut, 1998.

BRODSKY, G. et S. DAY. *La Charte canadienne et les droits des femmes : progrès ou recul?* Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1989.

BURNETTE, W. B. « Hawaii's Reciprocal Beneficiaries Act: An Effective Step In Resolving The Controversy Surrounding Same-Sex Marriage », *Brandeis Law Journal*, vol. 37 (automne 1998-1999), p. 80-92.

BUSSEMAKER, J. et K. VAN KERSBERGEN. « Gender and Welfare States: Some Theoretical Reflections » dans Diane Sainsbury (dir.), *Gendering Welfare States*, London, Sage, 1994, p. 8-25.

CANADA. *La Prestation aux aîné(e)s : assurer l'avenir*, Ottawa, 1996.

CANADA. MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA. *Gouvernement du Canada, Dépenses fiscales 1999*, Ottawa, le Ministère, 1999.

———. *Le plan budgétaire de 2000*, déposé à la Chambre des communes par le ministre des Finances, Paul Martin, Ottawa, 28 février 2000.

CANADA. REVENU CANADA. *Statistiques sur l'impôt des particuliers, Édition 1998*. Sur Internet : <http://www.ccra-adrc.gc.ca/tax/individuals/stats/gb96/sfp96/f4v-ca.htm>, consulté le 26 octobre 2000.

CANADA. SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL CANADA. *Répertoire des programmes de sécurité du revenu au Canada, janvier 1988*, Ottawa, Santé Canada, 1989.

CANADA. STATISTIQUE CANADA. *Travail non rémunéré des ménages : mesure et évaluation*, Ottawa, ministère de l'Industrie, n° 13-603F, n° 3, 1995.

CHAMBERLAND, L. « Du fléau social au fait social. L'étude des homosexualités », *Sociologie et sociétés*, vol. 29, n° 1 (printemps 1997), p. 5-20.

CHEVRETTE, F. et H. MARX. *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982.

CONSEIL NATIONAL DU BIEN-ÊTRE SOCIAL. *Guide des pensions*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1999a.

———. *Profil de la pauvreté. 1997*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1999b.

———. *Profil du bien-être social : mythes et réalités*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998.

COSSMAN, B. « Family Inside/Out », *University of Toronto Law Journal*, vol. 44, n° 1 (hiver 1994), p. 1-39.

———. « Dancing in the Dark: A Review of Gwen Brodsky and Shelagh Day, Canadian Charter Equality Rights for Women: One Step Forward or Two Steps Back? », *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 10 (1990), p. 219-230.

DANDURAND, R. B. *Le mariage en question. Essai sociohistorique*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1988.

DEMCZUK, I. « Reconnaissance des couples de lesbiennes : un projet de loi est enfin déposé », *Féminisme en bref*, vol. 10, n° 1 (juin 1999), p. 13-14.

——— (dir.). « Introduction », *Des droits à reconnaître. Les lesbiennes face à la discrimination*, Montréal, Éditions du remue-ménage, 1998, p. 9-14.

———. « Le traitement des lesbiennes dans la recherche féministe francophone au Québec », communication au Colloque international *La recherche féministe dans la francophonie*, Sainte-Foy, Université Laval, le 27 septembre 1996.

DEMCZUK, I. et A. GARIÉPY, *La reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe. Un droit au coeur de nos vies*, Montréal, Table de concertation des lesbiennes et des gais du Grand Montréal et Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe, 1999.

DEMCZUK, I. et F. W. REMIGGI. « Un demi-siècle de changements » dans I. Demczuk et F. W. Remiggi (dir.), *Sortir de l'ombre. Histoires des communautés lesbienne et gaie de Montréal*, Montréal, VLB éditeur, 1998, p. 13-23.

DHAVERNAS, O. *Droits des femmes, pouvoir des hommes*. Paris, édition du Seuil, 1978, p. 329.

ÉGALE. *Policies around Relationship Recognition*, document interne imprimé, Ottawa, 7-9 novembre 1997.

EATON, M. *Theorizing Sexual Orientation*, mémoire de maîtrise en droit, Kingston, Université Queen's, 1991.

EICHLER, M. *Families in Canada Today*, Toronto, Gage, 1988.

ELLIOTT, K. « Lesbian and Gay Rights Arrive in Nova Scotia », *Gazette*, n° 9 (1990), p. 4.

FINDLAY, B. « All in the Family Values », *Revue canadienne de droit familial*, vol. 14 (1997), p. 129-196.

FONDS D'ACTION ET D'ÉDUCATION JURIDIQUES POUR LES FEMMES (FAEJ/LEAF), *Litigating for Lesbians. LEAF's Report on Consultations with the Lesbian Community*, Ottawa, le Fonds, juin 1993.

FORDER, C. « Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice », communication à la Conférence *Domestic Partnerships*, Kingston, Faculté de droit, Université Queen's, 21-23 octobre 1999a.

FORDER, C. [avec l'aide de S. H. Lombardo]. *Civil Law Aspect of Emerging Forms of Registered Partnerships*, Pays-Bas, Ministère de la Justice, 1999b.

FRANCE. MINISTÈRE DE LA JUSTICE. *Pacte civil de solidarité (PACS), Mode d'emploi*, 1999. Sur Internet : <http://www.justice.gouv.fr./justicef/pacs2.html>, consulté le 6 février 2000.

FREEDMAN, B., P. J. TAYLOR, T. WONNACOTT et K. HILL. « Criteria for Parenting in Canada: A Comparative Survey of Adoption and Artificial Insemination Practices », *Canadian Family Law Quarterly*, vol. 3, n° 35 (1988), p. 35-54.

FRIEDMAN, A. « The Necessity for State Recognition of Same Sex Marriage: Constitutional Requirements and Evolving Notions of Family », *Berkeley Women's Law Journal*, vol. 134, n° 3 (1987-1988), p. 134-170.

FUDGE, J. « The Effects of Entrenching a Bill of Rights upon Political Discourse: Feminist Demands and Sexual Violence in Canada », *International Journal of Sociology and the Law*, vol. 17 (1989), p. 445-463.

GAVIGAN, S. A. M. « Paradise Lost, Paradox Revisited: The Implications of Familial Ideology for Feminist, Lesbian, and Gay Engagement to Law », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 31, n° 3 (1993), p. 589-624.

GIRARD, M. « Les demi-vérités du gouvernement Bouchard sur les allocations familiales », *La Presse*, 20 mai 2000, p. F2.

GIRARD, P. L. « From Subversion to Liberation: Homosexuals and the Immigration Act 1952-1977 », *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 2 (1987), p. 1-27.

GROSJEAN, B. « Couples homos : la solution d'Irène Théry », *Libération*, 27 mai 1998, p. 3. Sur Internet : <http://liberation.com/pacs/portrait/980527html>, consulté le 10 décembre 1999.

GROUPE DE RÉFLEXION : CONSÉQUENCES FINANCIÈRES DE LA SÉPARATION DES COUPLES. *Thème : Pacte d'intérêt commun,* Mission de recherche Droit et Justice, Paris, Centre national de recherche scientifique, 30 avril 1998.

GUIGOU, É. *Discours à l'Assemblée nationale de France*, 3 novembre 1998. Sur Internet : <http://www.justice.gouv.fr/justicef/pacs2.html>, consulté le 6 février 2000.

HERMAN, D. *Rights of Passage: Struggles for Lesbian & Gay Legal Equality*, Toronto, University of Toronto Press, 1994.

———. « Are We Family? Lesbian Rights and Women's Liberation », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 28, n° 4 (1990), p. 789-815.

HOGG, P. *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2e édition, 1985.

HOLLAND, W. « Intimate Relationships in the New Millenium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation? », communication à la Conférence *Domestic Partnerships*, Kingston, Faculté de droit, Université Queen's, 21-23 octobre 1999.

HOLTZ, M. « La spectaculaire multiplication des Pacs : 6 211 pactes ont été signés en un mois et demi », *Libération*, 21 janvier 2000. Sur Internet : <http://www.liberation.com/pacs/index.html>, consulté le 6 février 2000.

HUNTER, N. « Marriage, Law and Gender: A Feminist Inquiry », *Law and Sexuality,* vol. 9, n° 1 (1991), p. 23-34.

HURLEY, M. C. *Législation d'autres pays concernant les conjoints de même sexe,* Ottawa, Service de recherche de la Division du droit et du gouvernement, gouvernement du Canada, 1994.

JENSON, J. et S. THOMPSON. *Comparative Family Policy: Six Provincial Stories*, Canadian Policy Research Networks Study No. F|08|, Ottawa, Renouf Publishing Co. Ltd., 1999.

JULIEN, D., M. DUBÉ et I. GAGNON. « Le développement des enfants de parents homosexuels comparé à celui des enfants de parents hétérosexuels », *La revue québécoise de psychologie*, vol. 15, n° 3, (1994), p. 135-153.

JULIEN, D. et É. CHARTRAND. « La psychologie familiale des gais et des lesbiennes : perspective de la tradition scientifique nord-américaine », *Sociologie et Sociétés*, vol. 29, n° 1 (printemps 1997), p. 71-81.

KATZ, L. « The Scope of the Federal Legislative Authority in Relation to Marriage », *Ottawa Law Review* (1975), p. 384-396.

KINSMAN, G. *The Regulation of Desire,* Montréal, Black Rose Books, 1987.

KINSMAN, G. et P. GENTILE. « *In the Interests of the State: The Anti-gay, Anti-lesbian National Security Campaign in Canada. A Preliminary Research Report* », document imprimé, Département de sociologie et d'anthropologie, Université Laurentienne, avril 1998.

LAHEY, K. A. *Are We Persons Yet? Law and Sexuality in Canada,* Toronto, University of Toronto Press, 1999a.

———. « Of Constitutions, Codes and Queers: 'Partnership' Legislation and Discrimination », communication à la Conférence *Domestic Partnerships*, Kingston, Faculté de droit, Université Queen's, 21-23 octobre 1999b.

LELEU, Y. H., C. COUQELET et É. VON FRENCKELL. « La cohabitation légale », *Chronique du droit à l'usage des juges de paix et de la police*, Cahier n° 26, Faculté de droit, Université de Liège, 16 octobre 1999.

LEONARD, L. M. « A Missing Voice in Feminist Theory: The Heterosexual Presumption », *Women's Rights Law Reporter*, vol. 12, n° 1 (printemps 1990), p. 39-49.

LEPAGE, F., G. BÉRUBÉ et L. DESROCHERS. *Vivre en union de fait au Québec,* Québec, Conseil du statut de la femme, Les publications du Québec, 2e édition, 1992.

LϕDRUP, P. « Registered Partnerships in Norway » dans A. Bainham (dir.) *The International Survey of Family Law, 1994*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1996.

MACKINNON, C. « Difference and Dominance: On Sex Discrimination » dans C. MacKinnon (dir.), *Feminism Unmodified,* Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 32-45.

MAJURY, D. « Refashioning the Unfashionable: Claiming Lesbian Identities in the Legal Context », *Revue Femmes et Droit*, vol. 7 (1994), p. 286-317.

MALAURIE, G. « Vers des concubins de première et seconde classe? un débat entre Jean-Pierre Michel, rapporteur de la proposition de loi, et la sociologue Irène Théry », *Le Nouvel Observateur*, n° 1767 (17 sept. 1998), p. 12-13.

MANDEL, M. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada,* Toronto, Wall and Thompson, 1989.

MARSHALL, K. « L'emploi après la naissance d'un enfant », *Le Revenu et l'emploi en perspective,* Ottawa, Statistique Canada, n° 75-001-XPF (automne 1999), p. 20-28.

McCARTHY, M. « Supporting Same Sex Families », communication à la Conférence *Domestic Partnerships*, Kingston, Faculté de droit, Université Queen's, 21-23 octobre 1999.

McCARTHY, M. A. et J. L. RADBORD. « Family Law for Same Sex Couples: Chart(er)ing the Course », *Revue canadienne de droit familial*, vol. 15 (1998), p. 101-177.

McILROY, A. « Most in Poll Want Gay Marriages Legalized », *The Globe and Mail*, 10 juin 1999, p. A-1.

NIELSEN, L. « Family Rights and 'Registered Partnership' in Denmark », *International Journal of Law and the Family*, vol. 4, n° 297 (1990), p. 278-301.

O'BRIEN, C. A. et L. WEIR. « Lesbians and Gay Men Inside and Outside Families », dans N. Mandell et A. Duffy (dir.), *Canadian Families, Diversity, Conflict and Change*, Toronto, Harcourt Brace Canada, 1995, p. 111-139.

OBSERVATOIRE DU PACS. *Rapport*, 1999. Sur Internet : <http://www.chez.com/obspacs/rapport_observatoire_du_pacs_1999.html>, consulté le 10 décembre 1999.

ONTARIO. SOCIAL ASSISTANCE REVIEW COMMITTEE. *Transitions*, Rapport pour le ministère des Services sociaux et communautaires, Toronto, Queen's Printer for Ontario, 1988.

PAYS-BAS. MINISTÈRE DE LA JUSTICE . *Registered Partnership in the Netherlands: A Quick Scan*, La Haye, WDOC, 1999.

PEPLAU, L. A. « Lesbian and Gay Relationships » dans John C. Gonsiorek et James D. Weinrich (dir.), *Homosexuality: Research Implications for Public Policy*, Newbury Park, Sage, 1991, p. 177-196.

POULIQUEN, J.-P. « Le contrat d'union sociale », *Politique, la revue*, n° 5 (juillet-août septembre 1997), p. 53-56.

QUÉBEC. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC. *Rapport du comité interne de la Commission sur la violence et la discrimination à l'égard des lesbiennes et des gais*, [rédaction : Daniel Carpentier, Michèle Morin, Ghislaine Patry-Buisson], Montréal, la Commission, 1993.

———. *De l'illégalité à l'égalité. Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes*, Montréal, la Commission, 1994.

QUÉBEC. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME DU QUÉBEC. *Commentaires sur le projet de loi concernant les conjoints de fait de même sexe,* [recherche et rédaction : Guylaine Bérubé], Québec, Gouvernement du Québec, juillet 1999.

———. *Une plus une : recherche sur la reconnaissance légale des couples de lesbiennes,* [recherche et rédaction : Guylaine Bérubé], Québec, le Conseil, août 1998.

QUÉBEC. MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION. *Une aide à votre portée 1999-2000,* brochure à l'intention des étudiantes et étudiants, Québec, le Ministère, 1999.

QUÉBEC. MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ DU REVENU. *Échelle d'équivalence,* Québec, Direction générale des politiques et des programmes, 1996.

ROBINSON, A. « Lesbiennes, conjointes et mères : les exclues du droit civil québécois » dans I. Demczuk (dir.), *Des droits à reconnaître, Les lesbiennes face à la discrimination,* Montréal, Éditions du remue-ménage, 1998, p. 21-68.

ROBSON, R. *Lesbian Out (Law): Survival Under the Rule of Law,* Ithaca, Firebrand Books, 1992.

ROSE, R. « Sous prétexte d'aider les pauvres, on étend l'appauvrissement », *Possibles,* vol. 22, n^{os} 3- 4 (été-automne 1998a), p. 95-115.

———. « Politiques pour les familles pauvres : suppléments au revenu gagné et revenus minimum garantis » dans Renée B. Dandurand, Pierre Lefebvre et Jean-Pierre Lamoureux (dir.), *Quelle politique familiale à l'aube de l'an 2000 ?,* Montréal, l'Harmattan, 1998b, p. 247-288.

RUSSEL, P. *The Gay 100. A Ranking Of The Most Influential Gay men And Lesbians, Past And Present,* New York, Citadel Press Book, 1995.

RYDER, B. « Becoming Spouses: The Rights of Lesbian and Gay Couples », *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada,* 1993, p. 399-450.

———. « Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege », *Revue canadienne de droit familial,* vol. 9, n°1 (automne 1990), p. 39-47.

SCHNEIDER, E. M. « The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement », *New York Law Review,* vol. 61 (1986), p. 586-652.

SCHULTZ, M. « Lesbiennes : les silences du droit », *Les Temps modernes,* n° 598 (mars-avril 1998), p. 113-155.

SIVRY, J. M. « Traces militantes éphémères : L'ADGQ et *Le Berdache* » dans I. Demczuk et F. W. Remiggi (dir.), *Sortir de l'ombre. Histoires des communautés lesbienne et gaie de Montréal*, Montréal, VLB éditeur, 1998, p. 235-263.

SMITH, M. *Lesbian and Gay Rights in Canada: Social Movements and Equality-Seeking, 1971-1995*, Toronto, University of Toronto Press, 1999.

SWEDISH INSTITUTE. « L'égalité entre femmes et hommes », Classification: FD 82 I Ohj, septembre 1997. Sur Internet : <www.si.se>, consulté le 24 octobre 2000.

TARNOPOLSKY, S. et W. PENTNEY. *Discrimination and the Law*, Toronto, Carswell, 1994.

THÉRY, I. *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité, Garde des Sceaux, Paris, ministre de la Justice, 1998.

———. « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit*, octobre 1997, p. 159-211.

TURCOTTE, L. « Itinéraire d'un courant politique : le lesbianisme radical au Québec », dans I. Demczuk et F. W. Remiggi (dir.), *Sortir de l'ombre. Histoires des communautés lesbienne et gaie de Montréal*, Montréal, VLB éditeur, 1998, p. 363-398.

TURCOTTE, P. « Recent Family Trends and the Second Demographic Transition in Canada », communication à la Conférence *Domestic Partnerships*, Kingston, Faculté de droit, Université Queen's, 21-23 octobre 1999.

VAILLANCOURT, Y. *L'évolution des politiques sociales au Québec 1940-1960*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1988.

WAIGI, C. « Un couple peut en cacher un autre : le PACS et le rapport Théry en perspective », *3 Keller*, n° 39 (juin 1998), p. 12-13.

WAKKARY, A. « Assessing the Impact of Changing Marital Rights and Obligations: Practical Considerations », communication à la Conférence *Domestic Partnerships*, Kingston, Faculté de droit, Université Queen's, 21-23 octobre 1999.

WAUGH, T. « Des Adonis en quête d'immortalité : la photographie homoérotique » dans I. Demczuk et F. W. Remiggi (dir.), *Sortir de l'ombre. Histoires des communautés lesbienne et gaie de Montréal*, Montréal, VLB éditeur, 1998, p. 53-89.

WEILL, C. « Les casse-tête du vrai-faux mariage », *Le Nouvel Observateur*, n° 1739 (5 au 11 mars 1998), p. 43-45.

WILLIAMS, P. J. *The Alchemy of Race and Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

YOGIS, J. A., R. R. DUPLAK et J. R. TRAINOR. *Sexual Orientation and Canadian Law: An Assessment of the Law Affecting Lesbian and Gay Persons,* Toronto, Emond Montgomery Publications, 1996.

YOUNG, C. « Taxing Times for Lesbians and Gay Men: Equality at What Cost? », *Dalhousie Law Journal,* vol. 17, n° 2 (automne 1994), p. 534-559.